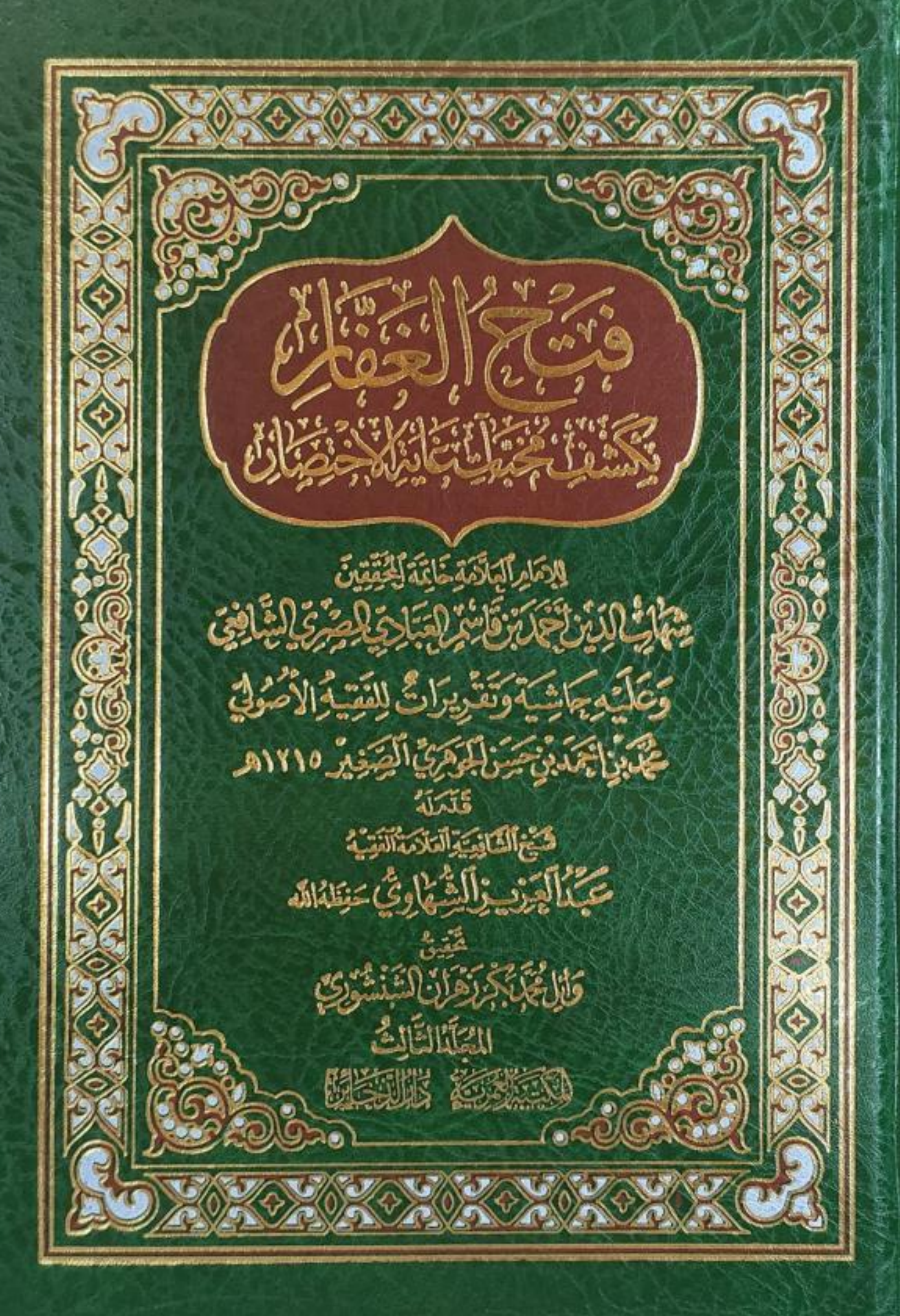
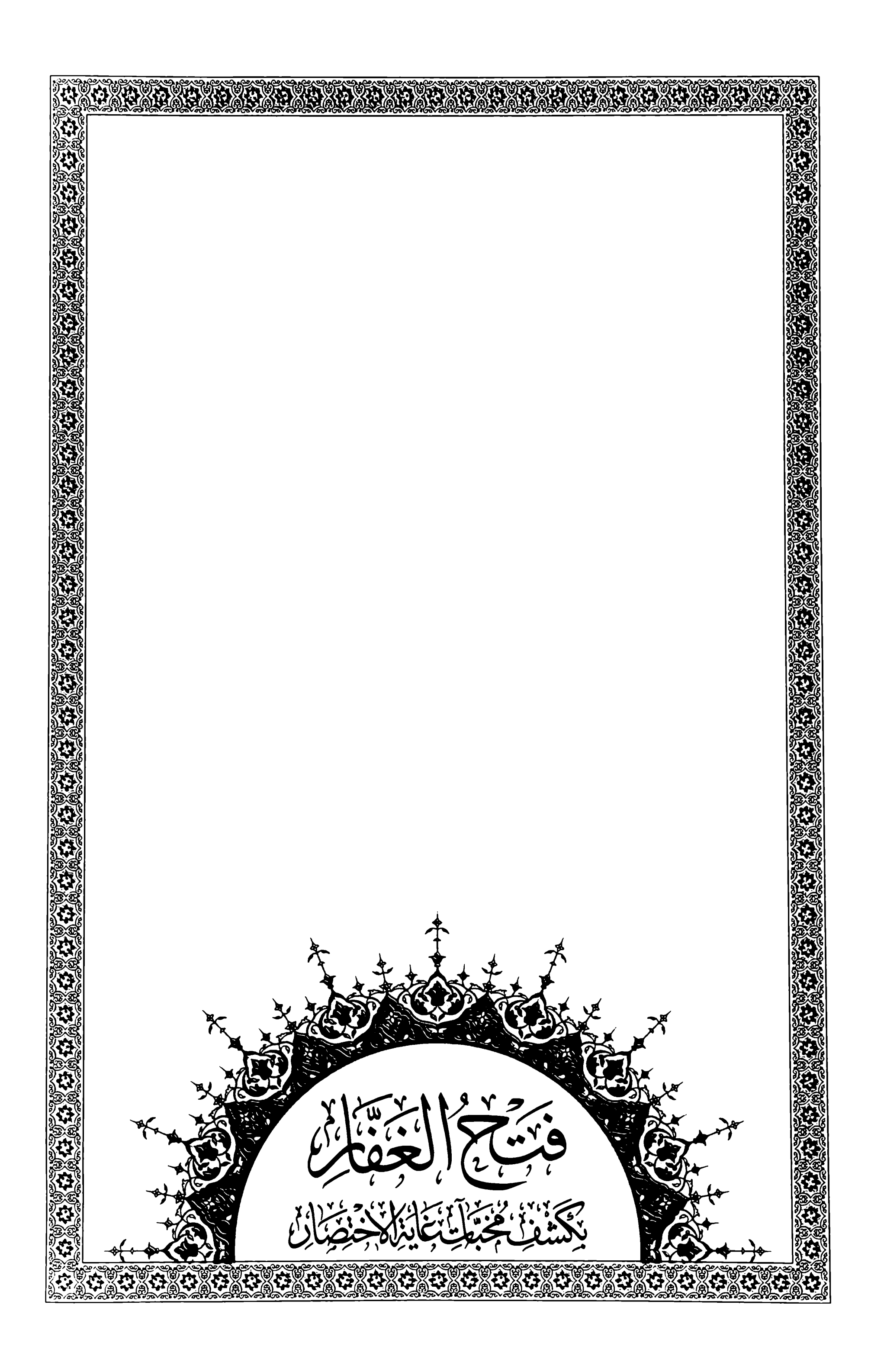
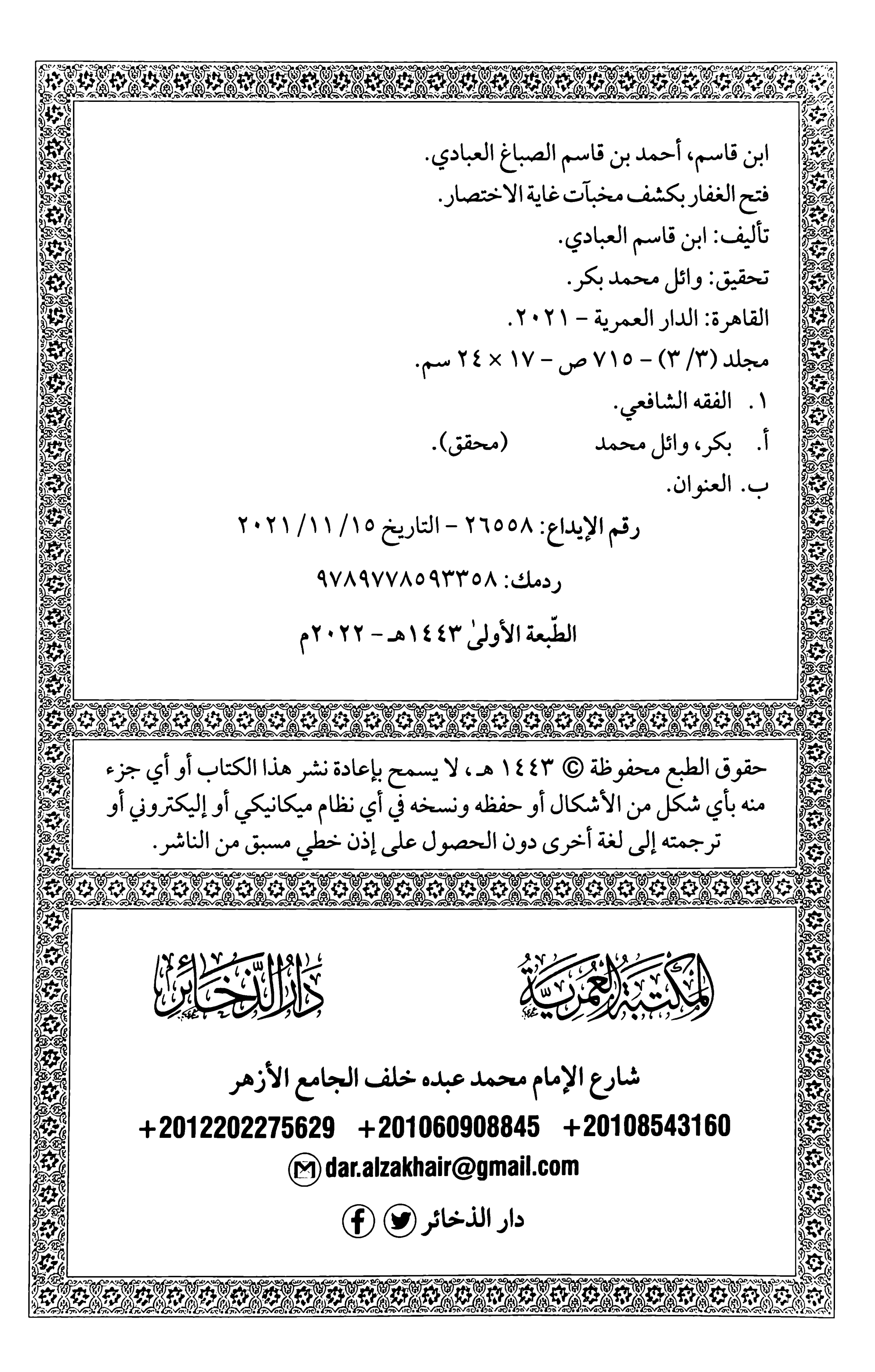

فتح الغفار
بكشف مخبآت غاية الاختصار
للإمام العلامة خاتمة المحققين
شهاب الدين أحمد بن قاسم العبادي المصري الشافعي
وعليه حاشية وتقريرات للفقيه الأصولي
محمد بن أحمد بن حسن الجوهري الصغير ١٢١٥هـ
قدم له
شيخ الشافعية العلامة الفقيه
عبد العزيز الشهاوي حفظه الله
تحقيق
وائل محمد بكر زهران الشنشوري
المجلد الثالث
المكتبة العمرية
دار الذخائر


فتح الغفار
بكشف مخبآت غاية الاختصار



ابن قاسم، أحمد بن قاسم الصباغ العبادي.
فتح الغفار بكشف مخبآت غاية الاختصار.
تأليف: ابن قاسم العبادي.
تحقيق: وائل محمد بكر.
القاهرة: الدار العمرية - ٢٠٢١.
مجلد (٣/ ٣) - ٧١٥ ص - ١٧ × ٢٤ سم.
١. الفقه الشافعي.
أ. بكر، وائل محمد (محقق).
ب. العنوان.

رقم الإيداع: ٢٦٥٥٨ - التاريخ ١٥/ ١١/ ٢٠٢١

ردمك: ٩٧٨٩٧٧٨٥٩٣٣٥٨

الطّبعة الأولىٰ ١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م

شارع الإمام محمد عبده خلف الجامع الأزهر

+20108543160 +201060908845 +2012202275629

dar.alzakhair@gmail.com

دار الذخائر

فتح الغفار

بكشف مخبآت غاية الاختصار

للإمام العلامة خاتمة المحققين

شهاب الدين أحمد بن قاسم العبادي المصري الشافعي

وعليه حاشية وتقريرات للفقيه الأصولي

محمد بن أحمد بن حسن الجوهري الصغير ١٢١٥هـ

قدم له

شيخ الشافعية العلامة الفقيه

عبد العزيز الشهاوي حفظه الله

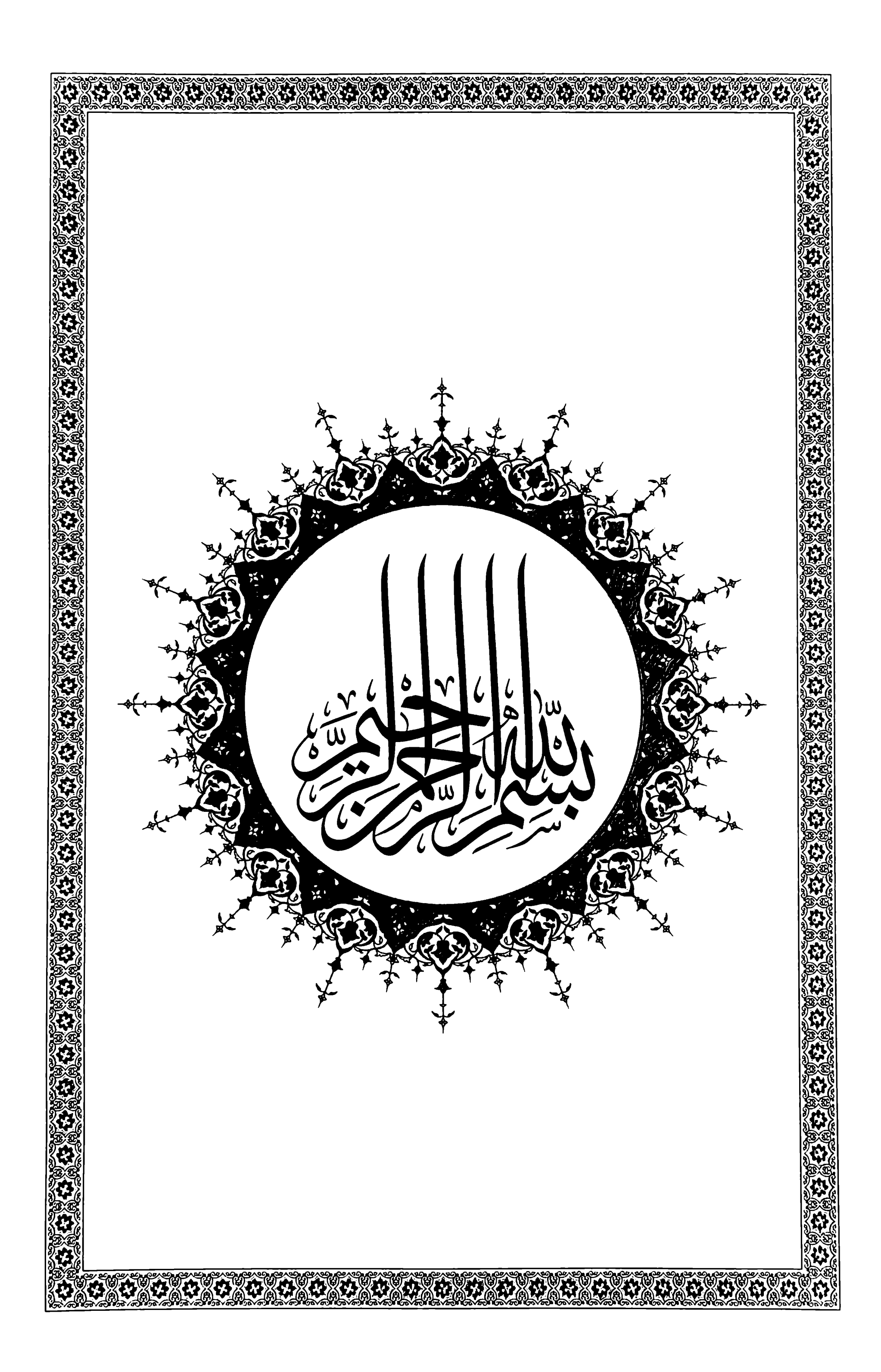
تحقيق

وائل محمد بكر زهران الشنشوري

المجلد الثالث



دار الذخائر


بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب البيوع)

أي: أنواعُ البيعِ، وهو يُطلقُ على قَسيمِ الشِّراءِ، وهو التَّمليكُ المَخصوصُ، وعلى العَقـدِ المُركَّبِ مِنَ الإيجـابِ والقَبولِ، وهو الأَوفـقُ بالتَّرجمةِ، وعلى العُلقـةِ الحاصلةِ عنِ الإيجـابِ والقَبولِ، وهو المُرادُ في نحـوِ قولِكَ: «أَجزْتُ البيعَ وفَسخْتُه»؛ إذْ لا يُتصوَّرُ إجازةُ نفسِ العَقدِ أو فسخُه.

(**وَغَيْرِهَـا مِنَ المُعَامَـلَاتِ**) يحتملُ أن يُريدَ بها التَّصرُّفـاتِ الماليَّةَ بينَ اثنيْنِ فأكثرَ؛ كالسَّـلَمِ، والرَّهنِ، والشَّـرْكةِ، والإجارةِ، فنحوُ الإقـرارِ والغَصْبِ زيادةٌ علـى ما في التَّرجمةِ، ويحتمـلُ أن يُريدَ بها التَّصرُّفاتِ المُتعلِّقـةَ بالمالِ مُطلقًا، فلا زيادةٌ، لكن لا يخْفَى ما في إطلاقِ المُعاملةِ على نحوِ الإقرارِ والغَصْبِ، بل على نحوِ الصُّلحِ والوَكالةِ مِنَ البُعدِ.

(**البُيُوعُ**) أي: مجموعُ أنواعِ البيعِ (**ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ**) أي: أنواعٍ:

أحدُها: (**بَيْعُ عَيْنٍ مُشَاهَدَةٍ**) عندَ العَقدِ أو قبْلَه، إذا لم يغلبِ التَّغيُّرُ إلى وقتِه، وكان ذاكـرًا حـالَ العَقـدِ لأوصافِه التي شـاهدها[1]، فلو وجده متغيـرًا[2] عمَّا شاهَدَه عليه تخيَّرَ، فإنِ اختَلَفا في التَّغيُّرِ صُدِّقَ المُشتَري وخُيِّرَ، ولعلَّ محلَّه إذا تغيَّرَ بغيرِ كمالٍ، وإلَّا فلا يتَّجِهُ التَّخييرُ.

والظَّاهـرُ فيمـا لـو عقَدَ قبـلَ مُضيِّ مـدَّةٍ يغلِبُ فيهـا التَّغيُّرُ لكنْ بعـدَ العِلْمِ بحصولِـه عدمُ الصحَّةِ، وعلى هذا لو شـاهَدَ الثَّمرةَ قبلَ بُـدوِّ صلاحِها ثُمَّ عقَدَ قبلَ مُضيِّ مدَّةٍ يغلِبُ فيها التَّغيُّرُ صحَّ ولا خيارَ لو تبيَّنَ بدوُّ صلاحِها عند العَقدِ؛ لأنَّ تغيُّرَها إلى كمالٍ، بخلافِ ما لو عقَدَ بعدَ العِلْمِ ببُدوِّ الصَّلاحِ.

---

(١) في (ج)، (ش): «يشاهدها».

(٢) في (ج)، (ش): «ولو وجدت متغيرة».

ويُشتَرطُ مشاهدةُ كلِّ عينٍ على ما يلِيقُ بها، كأنْ يُشاهِدَ في الدَّارِ البُيوتَ والسُّقوفَ والسُّطوحَ والجُدرانَ والمُستحمَّ والبالوعةَ، وفي الرَّقيقِ ما عدا العَورةَ واللِّسانَ والأسنانَ، وفي الدَّابَّةِ ما عدا اللِّسانَ والأسنانَ، حتَّى شعرِها فيجِبُ رفْعُ نحوِ السَّرجِ والإكافِ، وظاهرُ ذلك اعتبارُ مشاهدةِ باطنِ قدمِ الرَّقيقِ وحافرِ الدَّابَّةِ، وهو ما قاله بعضُهم، لكنِ الأوجَهُ ما قاله غيرُه مِن عدمِ اعتبارِ ذلك، وبه أفْتَى بعضُ شيوخِنا في الأَمَةِ، ومثْلُها غيرُها كما هو ظاهرٌ.

وفي الثَّوبِ جميعُ أحدِ وجهيْهِ إن لم يختلِفْ؛ كَكِرْبَاسٍ[1]، وجميعُ وجهيْهِ إنِ اختلَفَ؛ كدِيباجٍ مُنَقَّشٍ وبِساطٍ.

وفي الكِتابِ والمُصحفِ والوَرقِ البياضِ جميعُ الأوراقِ، ويكفي مشاهدةُ بعضِها ولو حينَ انفصالِه عنها بشرطِ إدخالِه في بيعِها، وإن لم يرُدَّه إليها إنْ دلَّ على باقِيها؛ كنحوِ[2] صُبْرةٍ نحو البُرِّ والشَّعيرِ ممَّا لا تختلِفُ أجزاؤُهُ غالبًا كظاهرِها، أو جزءٍ منفصلٍ منها بخلافِ الرُّمَّانِ والسَّفَرْجَلِ، **(فَجَائِزٌ)** مِن الجَوازِ بمَعنَى الحِلِّ والصِّحَّةِ معًا.

(وَ) الثَّانِي: (بَيْعُ شَيْءٍ) بغيرِ لفْظِ السَّلَمِ **(مَوْصُوفٍ)** بما يُبيِّنُ قدْرَه وجنسَه وصِفتَه؛ كثوبِ كَتَّانٍ طولِه وعرْضِه وصفتِه كذا، كائنٍ **(فِي الذِّمَّةِ)** وهي لغةً: العَهْدُ والأمانُ، واصطلاحًا: الذَّاتُ والنَّفسُ، إطلاقًا لاسمِ الحالِ على المَحلِّ.

وقال ابنُ عبدِ السَّلامِ: هي معنًى مقدَّرٌ في المَحلِّ يصلُح للإلزامِ والالتزامِ.

قال: وعليه الميِّتُ له ذمَّةٌ باقيةٌ؛ لأنَّه يلزَمُ بالدَّينِ ويلتزَمُ له[3]. انتهى.

---

(١) الثوب الخشن، وهو فارسي معرب. «المصباح المنير» (٢/ ٥٢٩).

(٢) في (ش): «لبعض»، وفي (ج): «كبعض».

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٥).

ولا يُنافِيه قولُهم: «ذمَّةُ الميِّتِ خرِبَتْ»؛ لأنَّه بالنِّسبةِ للمُستقبلِ خاصَّةً، وكأنَّ عبارةَ الظَّرفيَّةِ عليهما استعارةٌ للارتباطِ والتَّعلُّقِ.

(**فَجَائِزٌ**) بالمَعنَى المذكورِ، لكن يجِبُ تعيينُ رأسِ المالِ في المَجلسِ إذا كان في الذِّمَّةِ؛ ليخرجَ عن بيعِ الدَّينِ بالدَّينِ فإنَّه ممتنِعٌ.

وخرَجَ ببيانِ القدْرِ وما بعدَه: ما إذا لم يُبيِّنْ ذلكَ، أو بعضَه؛ كـ«بعْتُكَ زنةَ هذه الحَصاةِ ذهبًا» أو «ثوبًا طولَه وعرْضَه كذا»، ولم يَزِدْ؛ فالبيعُ باطلٌ.

وبقولِه: «فِي الذِّمَّةِ» المُعيَّنُ، فلا يكفي وصفُه[1].

وإذا سلَّمَه شيئًا عنِ المَبيعِ الموصوفِ لزِمَه قبولُه (**إِذَا وُجِدَتِ الصِّفَةُ**) لذلك الشَّيءِ (**عَلَى مَا**) أي: على الوَجهِ الذي (**وُصِفَ**) المَبيعُ (**بِهِ**) بأنْ طابَقَتِ الوصفَ المشروطَ، بخلافِ ما لو وُجدَتْ على خلافِه، لا يلزَمُه القَبولُ، بل لا يجوزُ إنِ اختلَفَ الجِنسُ أو النَّوعُ إلَّا بتعويضٍ إن جوَّزْناه هنا؛ أي: في المَبيعِ في الذِّمَّةِ، وبما تقرَّرَ يُعلَمُ ما في كلامِه مِن الإبهامِ، وكأنَّه لم يُبالِ به؛ لظهورِ المُرادِ.

(**وَ**) **الثَّالثُ**: (**بَيْعُ عَيْنٍ غَائِبَةٍ**) أي: (**لَمْ تُشَاهَدْ**) مِن العاقدَينَ أو أحدِهما المُشاهدةَ اللَّائقةَ كما تقدَّمَ، (**فَلَا يَجُوزُ**) بالمَعنى السَّابقِ؛ لِما فيه مِن الغَررِ، نعَمْ يُتسامَحُ في فُقَّاعِ الكُوزِ فلا يُشترَطُ رؤيةُ شيءٍ منه كما صحَّحَه في «الرَّوضَةِ»[2] وغيرِها؛ لأنَّ بقاءَه فيه مِن مصلحتِه، ولأنَّه تشُقُّ رؤيتُه، فعُلِمَ امتناعُ عقْدِ الأعمى على معيَّنٍ؛ كقبضِه، وإقباضِه، وسائرِ التَّصرُّفاتِ فيه، بخلافِه على ما[3] في الذِّمَّةِ، نعَمْ له أن يشتَرِيَ نفسَه ويُؤجِّرَها؛ لأنَّه لا يجهَلُها، وأن يكاتِبَ[4]

---

(١) في (ش)، (هـ): «صفته».
(٢) «روضة الطالبين» (٣/ ٣٧٤).
(٣) في (ش)، (ج): «ما مضى».
(٤) في (هـ): «كانت».

ملْكَه تغليبًا للعِتقِ، وقياسُـه كما قاله الزَّرْكَشِيُّ صحَّةُ شرائِه مَن يَعتِقُ عليه وبيعِ العَبدِ مِن نفسِه[1].

وقضيةُ ذلكَ كما قاله بعضُهم جريانُه في البَصيرِ أيضًا حتَّى يصِحَّ منه المُكاتَبةُ وما بعدَها بلا رؤيةٍ؛ فليُتأمَّلْ.

ولا يصِـحُّ البيـعُ إلَّا بإيجـابٍ، وقَبـولٍ باللَّفـظِ، أو ما قـامَ مقامَه؛ كإشـارةِ الأخرسِ:

* **صريحًا** كان كلٌّ منهما؛ كـ «بعْتُكَ» في الإيجابِ، أوِ «ابتعْتُ» في القَبولِ.

* أو **كنايةً**؛ كـ «جعَلْتُه لكَ»، و«اجعَلْه لي».

(**وَيَصِـحُّ بَيْعُ كُلِّ**) شـيء (**طَاهِرٍ**)، أو يُمكنُ تطهيرُه بالغَسـلِ، فلا يصحُّ بيعُ نجسِ العَينِ، ولا المُتنجِّسِ الذي لا يُمكِنُ تطهيـرُه كذلكَ؛ كالمائعِ، وكالماءِ القليلِ مُطلقًا، والكثيـرِ المُتغيِّرِ، والآجُرِّ المَعجونِ بالزِّبْلِ؛ لأنَّه في معنى نَجسِ العَيـنِ، وإن أمكَنَ طهرُ المـاءِ القليلِ بالمُكاثَرةِ والكثيرِ بـزوالِ التَّغيُّرِ؛ لأنَّه مِن بابِ الإحالةِ، كالخَمرِ يُمكِنُ تطهيرُه بالتَّخلُّلِ، بخلافِ الثَّوبِ المُتنجِّسِ بما لا يَستُرُ ما يُشتَرطُ رؤيتُه منه، والماءِ الذي ظُنَّتْ طهارتُه بالاجتهادِ، والدَّارِ المَبنيَّةِ بالآجُـرِّ المذكـورِ، فيصِحُّ بيعهـا؛ لأنَّ البناءَ إنَّما يدخُـلُ في بيعِها تبعًـا للطَّاهرِ كالحَجَرِ والخَشبِ.

(**مُنْتَفَعٍ بِهِ**) شـرعًا ولو مآلًا؛ كماءٍ، وترابٍ ولو بمعدنِهما وأمكَنَ تحصيلُهما بلا تعبٍ ولا مُؤنـةٍ، وكضَبُعٍ، وضَبٍّ، وفَهْدٍ وفِيلٍ وطـاووسٍ وعَنْدَليبَ وعَلَقٍ ورَقيـقٍ زَمِنٍ وجَحْـشٍ صَغيرٍ؛ لمَنفعـةِ الأكلِ في الأوَّلينِ، والصَّيـدِ في الثَّالثِ،

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٨).

والقتـالِ في الرَّابعِ، والاسـتمتاعِ بالصُّورةِ في الخامسِ، والصَّوتِ في السَّـادسِ، وامتصـاصِ الـدَّمِ في السَّـابعِ، والتَّقـرُّبِ بالعِتـق[1] في الثَّامنِ، ونحـوِ الرُّكوبِ المُتوقَّعِ في الأخيرِ.

(**مَمْلُـوكٍ**) للعاقـدِ، أو مُوكِّلِـه فيـه، أو مُوَلِّيهِ ولـو في الواقعِ، فـلا يصِحُّ بيعُ مـا ليـس مملوكًا لأحـدِ الثَّلاثةِ وإن أجـازَه المالكُ، ويصِحُّ بيعُ مـا هو مملوكٌ لأحدِهـم في الواقعِ، وإنْ ظنَّه العاقدُ بخلافه؛ كأنْ باعَ مالَ مُورِّثه يظنُّه حيًّا فبانَ موتُه، أو مالَ غيره بقصْدِ التَّعدِّي فيه فبانَ أنَّه وكَّلَه في بيعِه، أو أنَّه وليُّه عندَ العَقدِ في الجَميعِ، وقد عُلِمَ ممَّا تقدَّمَ اشتراطُ كونِه معلومًا عينًا أو صفةً، وممَّا يأتي في الغَررِ اشتراطُ كونِه مقدورًا على تسليمِه أو تسلُّمِه.

(**وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ عَيْنٍ نَجِسَـةٍ**) وإن أمكَنَ طهرُها بالاستحالة؛ ككلبٍ، وخمرٍ، وجلـدِ ميتـةٍ؛ لأنَّه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عن ثمنِ الكلْبِ وقـال: «**إِنَّ اللهَ حَرَّمَ بَيْعَ الخَمْرِ وَالمَيْتَةِ وَالخِنْزِيرِ**» رواه الشَّيخانِ[2]، والمعنى فيها نجاسةُ عينِها.

(**وَلَا**) بيعُ (**مَا لَا مَنْفَعَةَ فِيهِ**) شـرعًا؛ كأسـدٍ، وذِئبٍ، ونَمِـرٍ، ونحو حبَّتَي بُرٍّ، وآلةِ لَهوٍ ولو مِن نقدٍ، بخلافِ آنيةِ النَّقدِ؛ لأنَّه قد يجوزُ استعمالُها.

فإن قلْتَ: وآلةُ اللَّهوِ قد يجوزُ استعمالُها للشِّفاءِ مِن بعضِ الأمراضِ.

قلْتُ: هو حالةُ ضرورةٍ، وآلةُ النَّقدِ يجوزُ استعمالُها بمُجرَّدِ الحاجةِ.

(**وَالرِّبَا فِي الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ**) مضروبيْنِ كانَا أو لا، وهو أخذًا ممَّا يأتي بيعُ كلٍّ منهما بجنسِـه مـع التَّفاضُلِ الآتي، أو تأجيلُ العِوضيْـنِ[3] أو أحدِهما، أو إلزامُ

---

(١) في (ش)، (ج): «في العتق».

(٢) «صحيح البخاري» (٢٢٣٦)، و«صحيح مسلم» (١٥٨١) من حديث جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) في (ج): «الأجلين».

العَقـدِ بتفـرُّقٍ[1] أو غيرِه قبـلَ التَّقابضِ، أو بيعُ أحدِهما بالآخـرِ مع التَّأجيلِ أو الإلزامِ المذكوريْنِ.

(وَ) فِي (**المَطْعُومَـاتِ**) وهي ما قُصِدَ لطُعمِ الآدميِّينَ بأنْ كان أظهَرُ مقاصدِه الطُّعمَ:

* **اقتياتًا**؛ كبُرٍّ، وشَعيرٍ، وفولٍ، وذُرةٍ، وأُرزٍ،
* أو **تفكُّهًا**؛ كتَمرٍ، وزَبيبٍ، وتِينٍ،
* أو **تداويًا**؛ كمِلْحٍ، وسَقَمُونيَا، وزَعْفَرانٍ،

وهـو أن يبيعَ الجنسَ منها مع أحدِ الأمـورِ المذكورةِ، أو بآخرَ منها مع أحدِ الآخريْنِ.

(**حَرَامٌ**)؛ لقولِه تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[2]، بل هو كبيرةٌ؛ للوَعيدِ الشَّديدِ عليه.

(**وَلَا يَجُوزُ**) أي: لا يحِلُّ ولا يصِحُّ (**بَيْعُ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ، وَ**) لا بيعُ (**الفِضَّةِ كَذَلِكَ**) أي: بالفضَّةِ في سائرِ أحوالِها[3] (**إِلَّا**) حالةَ كونِ كلٍّ مِن الذَّهبِ بالذَّهبِ والفضَّةِ بالفضَّةِ (**مُتَمَاثِلًا**) بأنْ يُماثِلَ أحدُ العِوضيْنِ الآخَرَ (**نَقْدًا**) بأن يكونَ كلٌّ منهمـا حـالًّا مقبوضًا لمُتعوِّضِـه، أو وكيلِه في قبضِه، أو وارثِه قبـلَ لزومِ العَقدِ ولـو مِن أحدِ الجانبيْنِ فقَطْ كما هو ظاهرٌ بمُفارقَةِ المُتعوِّضِ مجلسَ العَقدِ، أو الوارثِ مجلسَ بلوغِ الخبَرِ، أو اختيارِهما لُزومَه، فإنِ انتَفَى شيءٌ مِن ذلكَ بأنْ بِيـعَ مع التَّفاضُلِ أو التَّأجيلِ ولو لأحـدِ العِوضيْنِ وإن قلَّ الأجلُ وتقابَضَا قبلَ لـزومِ العَقدِ أو مع التَّفرُّقِ أي: بالاختيارِ، أخذًا ممَّا ذكَرُوه في بابِ الخيارِ، وإنْ

---

(١) في (ش)، (ج): «بتفريق».

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) في (ش)، (ج): «أحوالهما».

نقَلَ السُّبكيُّ وغيرُه عنِ الصَّيْمَرِيِّ أنَّه لا فرْقَ قبلَ التَّقابضِ، أو مع اختيارِ لزومِ العَقدِ ولو مِن أحدِهما فقَطْ على ما سبَقَ قبلَ التَّقابضِ[١].

وإنْ تقابَضَا قبلَ التَّفرُّقِ[٢] فسَدَ البيعُ وأثِمَا إثْمَ الرِّبا كما يُعلَمُ ممَّا سيأتي أيضًا، وطريقُهما في دفْعِ الإثمِ إذا أرادا التَّفرُّقَ قبلَ التَّقابضِ[٣] أن يتفاسَخَا قبْلَه، ولو حصَلَ لزومُ العَقدِ بتفرُّقٍ أو اختيارٍ بعدَ تقابضِ البعضِ فقَطْ صحَّ العَقدُ فيه فقَطْ.

وهل يتخَيَّرُ المشتَري؟ وجوهٌ بحَثَ بعضُهم مجِيئَها في البائعِ، **ثالثُها**: يتخيَّرُ إن جهِلَ انفساخَ البيعِ.

ولوِ ادَّعَى أحدُهما التَّفرُّقَ قبلَ القَبضِ صُدِّقَ بيمينِه، فإنْ أقامَ الآخرُ بيِّنةً قدِّمَتْ، والمُرادُ بالقَبضِ هنا الحَقيقيُّ، فلا تكفي الحَوالَةُ وإن حصَلَ القَبضُ بها في المَجلسِ، ومثْلُها الإبراءُ، ويكفي الاستقلالُ بقَبضِ العِوضِ المُعيَّنِ وإنْ كان للبائعِ حقُّ الحَبْسِ.

(وَلَا يَجُوزُ) أي: لا يحِلُّ ولا يصِحُّ **(بَيْعُ مَا ابْتَاعَهُ)** ولا نحوُه مِن التَّصرُّفاتِ؛ كالهبةِ، والتَّصدُّقِ، والكتابةِ، والإجارةِ ولو مِن البائعِ، بخلافِ نحوِ عتْقِه وإيلادِه وإباحتِه للفُقراءِ إن اشتَراهُ جُزافًا **(حَتَّى يَقْبِضَهُ)** ولوِ استقلالًا إن كان الثَّمنُ مؤجَّلًا وإن حلَّ، أو حالًّا كلُّه أو بعضُه، وسُلِّمَ الحالُّ لمُستحقِّه مع التَّقديرِ بكيلٍ أو وزنٍ أو ذَرعٍ فيما بيعَ مقدرًا؛ كـ«بعْتُك هذه الصُّبْرَةَ كلَّ صاعٍ بدرهمٍ»، أو «بعتُكَها بعشرةٍ على أنَّها عشرةُ آصُعٍ»؛ وذلك للنَّهيِ عن بيعِ المَبيعِ قبلَ قبضِه كما في الصَّحيحَينِ[٤] وغيرِهما، نعَمْ إن باعَه للبائعِ بعينِ الثَّمنِ أو

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٣).

(٢) في (ج): «التفريق».

(٣) في (ش)، (ج): «القبض».

(٤) «صحيح البخاري» (٢١٣٢)، و«صحيح مسلم» (١٥٢٥) من حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

بمثْلِه إذا كان في الذِّمَّةِ، أو كان قد تلِفَ صحَّ وكان إقالةً، فإنْ قبَضَه على ما ذُكِرَ جازَ بيعُه وغيرُه مِن التَّصرُّفاتِ.

(**وَلَا بَيْعُ اللَّحْمِ**) ولو مِن سَمكٍ وجَرادٍ (**بِالحَيَوَانِ**) الحَيِّ، ولو كان مِن غيرِ جنسِه، سواءٌ فيه الآدميُّ وغيرُه، والمأكولُ وغيرُه؛ كبيعِ لحمِ البَقرِ ببَقرٍ، أو إبلٍ أو حِمارٍ أو سَمكٍ أو جَرادٍ أو عبدٍ؛ للنَّهيِ عن ذلك. رواه التِّرمذيُّ[1] مُسندًا، وأبو داودَ[2] مُرسلًا، وروى الحاكمُ[3] والبَيْهَقِيُّ[4] وصحَّحَ إسنادَه «النَّهيَ عن بيعِ الشَّاةِ باللَّحمِ».

وكاللَّحمِ: الأَليةُ، والطِّحالُ[5]، والقَلْبُ، والكُلْيةُ، والرِّئةُ، والكَبدُ، والشَّحمُ، والسَّنامُ، والجِلْدُ المأكولُ قبلَ دبْغِه إن كان ممَّا يُؤكلُ غالبًا.

وأمَّا بيعُ السَّمكِ الحَيِّ بمثْلِه، فإن جوَّزْنا ابتلاعَه حَيًّا لم يجُزْ، وإلَّا جازَ. قاله المُتولِّي.

وخرَجَ باللَّحمِ وما أُلحِقَ به: اللَّبنُ، والبيضُ، فيجُوزُ بيعُهما بالحيوانِ، نعَمْ إن كان فيه مثْلُه مِن جنسِه كما في بيعِ لَبنِ شاةٍ بشاةٍ في ضَرْعِها لبنٌ، وبيعِ بيضةِ دجاجةٍ بدجاجةٍ فيها بيضةٌ لم يصِحَّ؛ للرِّبا.

(**وَيَجُوزُ**) أي: يحِلُّ ويصِحُّ (**بَيْعُ الذَّهَبِ بِالفِضَّةِ**) حالةَ كونِه (**متفاضِلًا**) معهما[6] بالوزنِ بأنْ يفضُلَ أحدُهما عنِ الآخرِ فيه، (**نَقْدًا**) بأن يكونَ كلٌّ منهما حالًّا مقبوضًا قبلَ لزومِ العَقدِ على ما سبَقَ.

---

(١) «العلل الكبير» (٣١٩) ونقل تضعيف البخاري له.
(٢) «المراسيل» (١٧٨).
(٣) «المستدرك» (٢٢٥٢).
(٤) «السنن الكبير» (١٠٥٧٠).
(٥) زاد في (ش)، (ك): «والكبد».
(٦) في (ش)، (ج): «معهما في الوزن».

(وَكَذَلِكَ) أي: ومثلُ الذَّهبِ **(المَطْعُومَاتُ)** وتقدَّمَ بيانُها في أنَّها **(لا يَجُوزُ بَيْعُ)** شيءٍ مِن **(الجِنْسِ مِنْهَا بِمِثْلِهِ)** أي: بشيءٍ مِن ذلكَ الجِنسِ؛ كبيعِ بُرٍّ ببُرٍّ **(إِلَّا)** حالةَ كونِ مجموعهما **(مُتَمَاثِلًا)** بأن يُساوي أحدُهما الآخرَ:

* في الكَيلِ إن كان مكيلًا؛ كالحُبوبِ، والأدهانِ، والألبانِ،

* أو الوَزنِ إن كان موزونًا؛ كالسَّمنِ الجامدِ، وكلِّ ما هو أكبَرُ جِرمًا منَ التَّمرِ؛ كالبَيضِ والجَوزِ.

(نَقْدًا) بأنْ يكونَ كلٌّ منهما حالًّا مقبوضًا قبلَ اللُّزومِ كما سبَقَ فيجوزُ، نعَمْ قد يشتمِلُ على ما يمنَعُ العلْمَ بالمُماثلةِ فيمتنِعُ بيعُه بمثْلِه مُطلقًا؛ كالدَّقيقِ، والخُبزِ، ونحوِ المَعقودِ والمَشوي، بتفاوتِ الأوَّلِ في النُّعومةِ وما بعدَه في تأثيرِ النَّارِ، ولا يضُرُّ تأثيرُ تمييزٍ؛ كعَسلٍ، وسَمن يُميزانِ عنِ الشَّمعِ واللَّبنِ.

(وَيَجُوزُ بَيْعُ) الشَّيءِ مِنَ **(الجِنْسِ مِنْهَا بِغَيْرِهِ)** أي: بشيءٍ مِن جنسٍ آخرَ؛ كبيعِ بُرٍّ بشعيرٍ، وبيعِ دُهنِ سِمسمٍ بكسبِه الخالصِ مِن الدُّهنِ حالةَ كونِ مجموعِهما **(مُتَفَاضِلًا)** بأن يفضُلَ أحدُهما الآخرَ في الكيْلِ إن كان مَكيلًا، أو الوزنِ إن كان مَوزونًا.

(نَقْدًا) أي: حالًّا مقبوضًا قبلَ اللُّزومِ كما سبَقَ، ويحتملُ أنَّه استعملَ النَّقدَ في هذه المَواضعِ في معنى المَقبوضِ أيضًا، والعِبرةُ في كونِ الشَّيءِ مَكيلًا أو مَوزونًا: بغالبِ عادةِ الحِجازِ في عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ، ثم بعُرْفِ الحِجازِ كما قالَه المُتولِّي[1]، ثمَّ بوزنِ ما هو أكبرُ جِرمًا مِن التَّمرِ[2]، ثُمَّ بعادةِ بلدِ البيعِ، ثُمَّ بالغالبِ فيها، ثُمَّ بأشبَهِ الأشياءِ به.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٤).

(٢) في (ع): «الثمر».

ولا يكفي وجودُ التَّماثُلِ في الواقعِ، بل لابدَّ مِن العلْمِ به حتَّى لو تبايَعَا رِبويًّا بجنسِه جُزافًا لم يصِحَّ وإن خرَجَا سواءً، نعَمْ لو تبايعا صُبْرةً بأُخرى ممَّا يُعتبَرُ فيه الكيلُ مكايلةً، أو كيلًا بكيلٍ، أو ممَّا يعتبَرُ فيه الوزنُ موازنةً أو وزنًا بوزنٍ صحَّ إن خرجَت سواءً، وإن تفرَّقَا بعدَ قبضِ الجُملتيْنِ بلا كيلٍ أو وزنٍ، وإن جهِلَا قبلَ التَّفرُّقِ كونَهما سواءً، كما هو ظاهرُ كلامِهم، فكأنَّهم نزَّلُوا قولَهما: «مكايلةً» أو «كيلًا بكيلٍ»، أو «موازنةً» أو «وزنًا بوزنٍ» منزلةَ العلْمِ حالةَ العَقدِ بالمُساواة[1]، والعِبرةُ في مُماثلةِ الثِّمارِ والحُبوبِ واللُّحومِ بحالةِ جفافِها كما سيأتي.

ويُعتبَرُ خُلوُّ اللَّحمِ مِن عَظمٍ ومِلْحٍ يظهَرُ في الوزنِ، ولا يُعتبَرُ في الثِّمارِ والحُبوبِ تناهي جفافِها، بخلافِ اللَّحْمِ؛ لأنَّه موزونٌ، ومُطلقُ الرُّطوبةِ تؤثِّرُ في الوَزنِ دونَ الكيلِ، ولو بِيعَ المَوزونُ كيلًا أو المكيلُ وزنًا لم يصِحَّ.

(**وَلَا يَجُوزُ**) أي: لا يحِلُّ ولا يصِحُّ (**بَيْعُ الغَرَرِ**)؛ لصحَّةِ النَّهي عنه[2]، وهو كما قال المَاوَرْدِيُّ: ما تردَّدَ بينَ متضاديْنِ أغلبُهما أخوفهما[3]، وقيلَ: ما انطوَتْ عنَّا عاقبتُه، وذلكَ كبيعِ الغائبِ والمَعجوزِ عن تسلُّمِه حِسًّا، أو شرعًا، كالمَغصوبِ الذي لا يقدِرُ واحدٌ منهما على تخليصِه بلا مؤنةٍ ومشقَّةٍ شديدةٍ، والمَرهونِ بعدَ قبضِه بغيرِ إذنِ مُرتهنِه.

(**وَالمُتَبَايِعَانِ**) أي: كلٌّ منهما (**بِالخِيَارِ**) بينَ فسْخِ البيعِ وإجازتِه، وإنِ استعقَبَ البيعَ العِتقُ؛ كأنْ يكونَ المَبيعُ أصلَ المُشتَري أو فرعَه فلا يُحكَمُ بعتقِه حتَّى ينقطِعَ خيارُهما أو خيارُ البائعِ فقَطْ بما سيأتي فيتبيَّنُ عتْقُه مِن حينِ الشِّراءِ.

---

(١) في (ش): «بالمماثلة».
(٢) رواه مسلم (١٥١٣) من حديث أبي هريرة رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ.
(٣) «الحاوي الكبير» (٥/ ١٥).

(مَا) دامًا (لَمْ يَتَفَرَّقَا) مِن مجلسِ العَقدِ عنِ اختيارٍ بأبدانِهما عُرفًا، وإن مكَثَا سنينَ، أو بُنِيَ بينَهما جـدارٌ ولو بفعلِهما أو أمْرِهما، خلافًـا لجمْعٍ، أو أقامَا[1] وتماشَـيَا أيامًا، فـإنْ تفرَّقَا كذلكَ ولـو بمُفارقةِ أحدِهما المَجلسَ دونَ الآخرِ بطَلَ خيارُهما، فإنْ كانَا في دارٍ صغيرةٍ فالتَّفرُّقُ بخروجِ أحدِهما منها أو صُعودِه سطحًا، أو كبيرةٍ فبانتقالِ أحدِهما مِن صَحْنِها إلى صُفَّتِها أو بيتٍ مِن بيوتِها، أو في صحراءَ أو في سوقٍ فبأنْ يولي أحدُهما ظهْرَه ويمشي قليلًا.

ولـو جُنَّ أحدُهمـا أو أُغمِيَ عليه أو ماتَ في المَجلسِ قـامَ وَليُّه في الأُوليينِ ووارثُـه أو وَليُّـه في الثَّالثـةِ مقامَـه، فيثبُتُ له الخيـارُ في مجلسِ علْمِـه ولو غيرَ مجلـسِ العَقـدِ، وإن تعدَّدَ الـوارثُ فيثبـتُ لكلٍّ منهُـم، ولا يبطلُ خِيـارُ أَحدٍ منهُـم إلَّا بمُفارقـةِ جميعِهم مجلسَ العِلمِ، ولو فسَـخَ بعضُهـم وأجازَ الباقون قُدِّمَ الفَسْـخُ، ولو حصَلَ فَسْـخٌ أو إجازةٌ منهم أو مِن بعضِهم قبلَ العِلمِ بمَوتِ المُـورِّثِ كان نافذًا على الأَوجَـهِ في الإجازةِ، وِفاقًا لِما في «البسـيطِ»، وخلافًا للإمامِ وقولِه: الإجازة رِضًى[2].

وإنَّمـا يتحقَّـقُ مع العِلمِ بردِّه ما صحَّحُوه مِن صحَّةِ بيـعِ الوارثِ مالَ مورِّثِه ظانًّا حياتَه فبانَ موتُه مع توقُّفِ البيعِ على الرِّضى، ويثبُتُ الخيارُ للعاقدِ الآخرِ ما دامَ في مجلسِ العَقدِ، فإنْ فارَقَه أو فارَقَ جميعُ الورثَةِ مجلسَهم سقَطَ خيارُه وخيارُهم.

ولـو كان فراقُ العاقدِ الآخرِ قبلَ عِلْمِ الوَرثَـةِ فهَلْ ينقطِعُ خيارُهم أيضًا كما لو هرَبَ أحدُ العاقديْنِ ومنَعَ الآخرُ مِنِ اتِّباعِه، فإنَّ عدمَ علْمِهم بمَنزلةِ المَنعِ في الاتِّبـاعِ، ولا يُعارِضُ ذلكَ أنَّهم علَّلُوا بُطلانَ خيارِ صاحبِ الهاربِ لتمكُّنِه مِن

---

(١) في (ع): «قاما».

(٢) «نهاية المطلب في دراية المذهب» (٥/ ٢٦).

الفَسخِ بالقَولِ، وهذا غير مُتصوَّرٍ فيما نحنُ فيه؛ لأنَّهم علَّلُوه أيضًا بأنَّ الهاربَ فارَقَ مُختارًا، والأصلُ أنَّ كلًّا مُستقلٌّ بالعِليَّةِ فيثبُتُ الحُكمُ مع كلٍّ منهما؟ فيه نظرٌ، ولعلَّ الانقطاعَ أقربُ.

ولـوِ اشـتَرى الوَليُّ لطِفلِه فبلَغَ رشـيدًا في المَجلسِ لم ينتقلْ لـه الخِيارُ، بل يبْقَى له على الأوجهِ، ولو ماتَ الوكيلُ في المَجلسِ انتقَلَ لمُوكِّلِه، وهل جُنونُه كموتِه؟ فيه نظرٌ[1].

وخرَجَ بالاختيارِ: ما لو أُكْرِهَ أحدُهما على التَّفرُّقِ، فلا ينقطِعُ خيارُه وإن لم يُسدَّ فمُه، وأمَّا الآخرُ فإنْ مُنِعَ مِن الخروجِ معَه بقِيَ خيارُه أيضًا، وإلَّا فلا، نعَمْ لـو كان الإكراهُ بحقٍّ كما إذا غصَبَ أحدُهما موضِعَ العَقدِ فأُكْرِهَ على الخروجِ منـه انقطَعَ خيارُه، وظاهرٌ انقطاعُ خيارِ الآخـرِ، نعَمْ إن خرَجَ معَه بحيثُ يُعدَّانِ مجتمعيْنِ فظاهرٌ بقاءُ خيارِهما.

ولو هرَبَ أحدُهما ولم يتَّبِعْه الآخرُ فإنِ امتنَعَ مِن اتِّباعِه بطَلَ خيارُهما، فإنْ تبِعَـه دامَ خيارُهمـا ما لـم يتباعَدَا، وعن بعضِهم عصيـانُ الهاربِ؛ لإبطالِه على الآخرِ حقًّا لازمًا، والظَّاهرُ خلافُه كما هو ظاهرٌ.

وكتفرُّقِهمـا[2] تخايرُهمـا؛ نحو: تخايَرْنا العَقـدَ، أو أجزْنـاه، أو ألزَمْناه، أو أجزنا إبطالَ الخيارِ أو إفسـادَه، فلو قال أحدُهما لصاحبِه: «اخترْ» انقطَعَ خيارُ القائلِ وإن لم يخترْ صاحبُه؛ لتضمُّنِه الرِّضى باللُّزومِ، ولوِ اختارَ أحدُهما لزومَه سقَطَ خيارُه وبقِيَ خيارُ الآخرِ، ويُستثْنَى بيعُ الرَّقيقِ مِن نفسِه فلا خيارَ فيه؛ لأنَّه عقدُ عتاقةٍ، وهذا الخيارُ يُسمَّى خيارُ المَجلسِ، والأصْلُ فيه قولُه ﷺ: «**البيِّعَانِ**

(١) في هامش (ع): «نعم جنونه كموته كما هو صريح شرح المنهج كغيره؛ فليتأمل».
(٢) في (ج): «وكتفريقهما».

بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ: اخْتَرْ». رواه الشَّيخانِ[١].

وقولُه: «أَوْ يَقُولَ» قال النَّوويُّ: منصوبٌ بـ«أنْ»، وتقديرُه: «إلَّا أنْ» «إلى أن»، ولو كان معطوفًا لجزمَه فقال: «أَوْ يَقُلْ»[٢].

قال شيخُنا شهابُ الدِّين[٣]: المعنى على العطْفِ أنَّ الخيارَ ثابتٌ لهما في مدَّةِ انتفاءِ التَّفرُّقِ أو مدَّةِ انتفاءِ قوْلِ أحدِهما للآخرِ: «اخترْ»، فيقتَضِي ثبوتُه في الأُولى، وإنِ انتفَتِ الحالةُ الثَّانيةُ بأنْ قال أحدُهما للآخَرِ: «اخترْ»، وثبوتُه في الثَّانيةِ وإنِ انتفتِ الأُولى بأنْ تفرَّقَا، والتَّخلُّصُ منهما بما قاله النَّوويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ. انتهى.

فإن قلْتَ: لا حاجةَ لذلكَ مع قولِ الأئمَّةِ إنَّ العطْفَ بـ«أو» بعدَ النَّفيِ يكونُ نفيًا لكلٍّ مِن المتعاطفاتِ، لا لأحدِهما.

قلْتُ: هذا بحسبِ استعمالِ اللُّغةِ، وقضيةُ أصْلِ وضعِها أنَّ النَّفيَ لأحدِها كما قرَّرَه الرَّضيُّ، فربَّما تُوهِّمَ أنَّ العَطفَ جارٍ على أصْلِ الوضعِ، فما قاله النَّوويُّ[٤] قاطعٌ لذلك.

(وَلَهُمَا) أي: للمُتبايعيْنِ (أَنْ يَشْتَرِطَا) في العَقدِ، ومثلُه زمنُ الخيارِ، لهما أو لأحدِهما وإن كان كافرًا والمَبيعُ رقيقَه المُسلمَ، أو لأجنبيٍّ كالرَّقيقِ المَبيعِ. قال الزَّرْكَشِيُّ: والأقربُ اشتراطُ بلوغِه لا رشْدِه[٥]. انتهى.

وفيما لو كان عبدًا لم يأذَنْ له سيِّدُه وجهانِ، ولا يبعُدُ ترجيحُ الجوازِ.

---

(١) «صحيح البخاري» (٢١٠٩)، و«صحيح مسلم» (١٥٣١) من حديث ابن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا.
(٢) «المجموع شرح المهذب» (٩/ ١٧٥).
(٣) يعني شيخه البُرلسي في حواشيه على «كنز الراغبين» (٢/ ٢٣٦).
(٤) «المجموع شرح المهذب» (٩/ ١٧٥).
(٥) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٥٢).

(**الخِيَارَ**) في البيعِ بينَ فسْخِه وإجازتِه بالنِّسبةِ لكلِّ المَبيعِ أو بعْضِه، معينًا كأحدِ العبديْنِ على التَّعيينِ، فيجوزُ الفسخُ فيه وحدَه وإن تفرَّقَتِ الصَّفقةُ؛ لتضمُّنِ الشَّرطِ الرِّضى بذلكَ، وإذا خُيِّرَ الأجنبيُّ لم يتخيَّرِ الشَّارطُ، نعَمْ الوكيلُ منهما أو مِن أحدِهما ليس له شرطُه لغيرِ نفسِه مِن صاحبِه أو غيرِه إلَّا بإذنِ مُوكِّلِه، وعليه رعايةُ المَصلحةِ في الفَسخِ والإجازةِ، وله كلٌّ منهما وإن منَعَه المُوكِّلُ، بخلافِ الأجنبيِّ لا تلزَمُه رعايةَ المصلحةِ بناءً على أنَّ شرطَ الخيارِ له تمليكٌ لا توكيلٌ، وهو الأرجحُ، ومِن ثَمَّ لو عزَلَ نفسَه لم ينعزِلْ كما قاله البَغَوِيُّ، وقياسُه أنَّه لو عزَلَاه لم ينعزِلْ، ولو ماتَ ثبَتَ الخيارُ للشَّارطِ، أو ماتَ الوكيلُ فلمُوكِّلِه، وهل نحوُ الجنونِ فيهما كالمَوتِ؟ فيه نظرٌ.

ولو أطلَقَ أحدُ العاقديْنِ شرَطَ الخيارَ ولم يُضِفْه لهما أو لأحدِهما اختصَّ به أخذًا ممَّا صحَّحَه في «الرَّوضَةِ»[1] فيما إذا أطلَقَه الوكيلُ أنَّه يثبُتُ له دونَ مُوكِّلِه والعاقدِ الآخرِ.

ويُستثنَى مِن جوازِ شرطِ الخيارِ بيعُ مَن يعتِقُ على المُشتَري فلا يجوزُ فيه شرطُ الخيارِ له وحدَه، وبيعُ الرِّبويِّ وما يخافُ فسادَه في مدَّةِ الخيارِ، والسَّلَمُ فلا يجوزُ فيه شرطُ الخيارِ مُطلقًا، وحيثُ جازَ شرطُ الخيارِ فشرْطُه تقديرُه بمُدَّةٍ معلومةٍ متواليةٍ متَّصلةٍ بالشَّرطِ.

وأنْ يكونَ (**إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ**) بلياليها فأقلَّ مِن الشَّرطِ، فإنْ أُطلِقَ أو قُدِّرَ بمدَّةٍ مجهولةٍ أو متفرِّقةٍ أو منفصلةٍ عنِ الشَّرط أو زائدةٍ على ثلاثةِ أيَّامٍ بطَلَ العَقدُ، ولو شُرِطَ لأحدِهما يومٌ وللآخرِ يومانِ أو ثلاثةٌ جازَ، ولو قال: «إلى يومٍ» أو

(١) «روضة الطالبين» (٣/ ٤٤٩).

«ساعةٍ» صحَّ، وحُمِلَ على يومِ العَقدِ؛ ففي اليومِ قال في «شرحِ المهذَّبِ»[1]: إن كان العَقـدُ مِن نصـفِ النَّهارِ ثبَتَ الخيارُ إلى أنْ ينتصِفَ النَّهارُ مِن اليومِ الثَّاني، وتدخُـلُ اللَّيلةُ في حكمِ الخيارِ للضَّـرورةِ، وإن كان العَقدُ في اللَّيلِ ثبَتَ الخيارُ إلى غروبِ الشَّمسِ مِن اليومِ المتَّصلِ بذلكَ اللَّيلِ، قاله المُتولِّي وغيرُه. انتهى.

وظاهرُه دخولُ اللَّيلةِ في الخيارِ تبعًا لليومِ؛ لضرورةِ اتِّصالِ المدَّةِ بالشَّـرطِ، وإن لم يُشـتَرطْ دخولُها، وعليه مشَـى ابنُ العِمادِ، ورَدَّ ما وقَعَ لبعضِهم أنَّها لا تدخُلُ إلَّا بشرطِ دخولِها.

وقضيَّـةُ ما ذُكِرَ أنَّه لو كان العَقدُ وقْتَ الفَجرِ وشـرطَ الخيـارُ إلى ثلاثةِ أيَّامٍ لم تدخُلِ اللَّيلةُ الأخيرةُ؛ إذ لا ضرورةَ إلى دخولِها، ولا هي مِن مُسمَّى الثَّلاثةِ أيَّامٍ[2]، بخلافِ نظيرِه مِن مسحِ الخُفِّ، وقد نبَّهَ على ذلكَ في «المهمَّاتِ»[3].

قال الرُّويانِيُّ[4]: ولو شـرَطَا خيارَ يومٍ آخرَ أي: مثلًا فمات أحدهما في أثنائه فـزاد وارثُه مع الآخرِ خيارَ يـومٍ آخرَ احتمَلَ وجهيْنِ أشـبَهُهُما الجوازُ. انتَهى. وهو ظاهرٌ.

ولو أسـقَطَ ذو الخيارِ ثلاثةَ أيَّام خيارَ الأوَّلِ سـقَطَ الكلُّ، أو أسـقَطَا الثَّالثَ لم يسقُطْ ما قبْلَه، أو الثَّاني بشرطِ أن يبْقَى الثَّالثُ سقَطَ خيارُ اليومَيْنِ جميعًا.

وظاهرُ كلامِهم بقـاءُ البيعِ في هذه الصُّورةِ، وتوقَّفَ فيه بعضُ المُتأخِّرينَ في الأُولـى ومثْلُها البقيَّةُ، وظاهرُ كلامِهم أنَّه لو شـرَطَ في المَجلسِ بعدَ مُضيِّ يومٍ مِن العَقدِ خيارَ ثلاثةِ أيَّامٍ صحَّ ولا مانعَ منه، ولا يُنافِيهِ أنَّ المَشروطَ في المَجلسِ كالمَشروطِ في العَقدِ فهو بمَنزلةِ ما لو شرَطَ في العَقدِ خيارَ الأربعةِ، وهو باطلٌ،

---

(١) «المجموع شرح المهذب» (٩/ ١٩٣).
(٢) في (ج): «الأيام».
(٣) «المهمات» (٥/ ١٧٢).
(٤) «بحر المذهب» (٤/ ٤٥٨).

لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ المُرادَ بكونِه كالمَشروطِ في العَقدِ الاعتدادُ به ووجوبُ الاحترازِ فيه عن مُفسدِ العَقدِ، لا اعتبارُ الثَّلاثِ مِن وقتِ العَقدِ أيضًا.

ثم رأيْتُه نقلَ في «الخادمِ» أنَّ ابنَ الرِّفْعَةِ أبْدَى[1] احتماليْنِ في إلغاءِ الشَّرطِ وصحَّتِه فيما إذا شرَطَ الخيارَ بعدَ مُضيِّ ثلاثةِ أيَّامٍ في المَجلسِ، وأنَّ النَّوويَّ جزَمَ في «شرحِ المهذَّبِ»[2] بأنَّا إذا قلْنا: المدَّةُ مِن حينِ العَقدِ[3] وشرَطَا في خيارِ المجلسِ ثلاثةَ أيَّامٍ اعتُبِرَ مِن حينِ الشَّرطِ.

وظاهرُ كلامِهم أنَّه لا يجوزُ شرْطُ زيادةٍ على ثلاثةِ أيَّامٍ ولو على التَّدريجِ، ولهذا قال المَاوَرْدِيُّ: لو تبايَعَا بغيرِ خيارٍ فقبلَ افتراقِهما شرَطَا في العَقدِ خيارَ يومٍ ثبَتَ لهما خيارُ اليومِ، ولو افترَقَا ثُمَّ اجتمَعَا قبلَ مُضيِّه فزادَا في الخيارِ يومًا آخَرَ ثبَتَ لهما الخيارُ، فإن اجتمَعَا فيه فزادَا في الخيارِ يومًا آخَرَ ثبَتَ لهما الخيارُ، فإنِ اجتمَعَا فيه فزادا رابعًا بطَلَ البيعُ؛ لأنَّهما لو شرَطَا ذلكَ في العَقدِ بطَلَ، فكذا إذا ألحَقَاه بالعَقدِ[4].

(وَإِذَا وُجِدَ بِالمَبِيعِ عَيْبٌ) قبلَ القَبضِ وإن لم يكُنْ عندَ العَقدِ، وكذا بعدَ العَقدِ إذا كان الخيارُ للبائعِ وحدَه كما قال السُّبكيُّ كابنِ الرِّفْعَةِ[5] أنَّه القياسُ بناءً على انفساخِ العَقدِ بتلَفِه حينئذٍ كما رجَّحَه الشَّيخانِ[6].

وهو: ما نقصَ العينَ نقصًا يفوتُ به غرضٌ صحيحٌ، أو قيمتَهما، وغلب في جنسِها عدمُه؛ كخِصاءِ الحَيوانِ -وإن زادَتْ به قيمتُه- وجِماحِه، وعَضِّه، ورَمحِه،

---

(١) في (ج): «أجرى».

(٢) «المجموع شرح المهذب» (٩/ ١٩٩).

(٣) في (ع)، (هـ): «الشرط».

(٤) «الحاوي الكبير» (٥/ ٦٩).

(٥) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (٨/ ٤٣١).

(٦) «الشرح الكبير» (٤/ ٢١٧)، و«المجموع شرح المهذب» (١٢/ ٣٠٩).

وبَخَرِ الرَّقيقِ، وصُنانِه المُستحكِمِ، بخلافِ الحاصلِ لعَرَضٍ عَرقٍ، أو حَركةٍ عنيفةٍ، أو اجتماعِ وسخٍ، وبولِه بالفِراشِ حيثُ لا يُعتادُ مِن مثلِه، وكذا زِناهُ وسرقتُه وردَّتُه وجنايتُه عمدًا بقتلٍ أو غيرِه، بخلافِ ما لا يفوتُ به غَرضٌ صحيحٌ؛ كقطعِ إصبعٍ زائدةٍ، وقُلْفَةٍ يسيرةٍ مِن فَخِذٍ أو ساقٍ لا تُورثُ شَينًا ولا تُفوِّتُ غَرضًا، وما لا يغلِبُ في جنسِها عدمُه؛ كقَلعِ سِنٍّ في الكِبَرِ وثُيوبةٍ في أوانها في الأَمةِ.

ومِن ذلكَ ترْكُ الصَّلاةِ، وخِصاءُ غيرِ الآدميِّ الآن؛ لغلبتِهما كما هو ظاهرٌ.

(فَلِلْمُشْتَرِي) بنفسِه أو وكيلِه إذا كان المَبيعُ في يدِه ولو بعدَ زوالِه عنها وعودِه إليها بنحوِ بيعٍ أو هبةٍ، ولم يحدُثْ فيه عندَه عيبٌ باقٍ عندَ الرَّدِّ (رَدُّهُ[1]) بالعَيبِ فورًا إن كان مُعيّنًا في العَقدِ بأن يُبادِرَ حالَ العلْمِ على العادةِ، فلا يُكلَّفُ العَدْوَ في المَشْيِ، والرَّكضَ في الرُّكوبِ ليُردَّ، ولو علِمَه وهو يُصلِّي أو يأكُلُ أو يقضِي حاجَةً فله تأخيرُه حتَّى يفرُغَ، أو وقد دخَلَ وقْتُ هذه الأمورِ فله الاشتغالُ بها، أو ليلًا فحتَّى[2] يُصبِحَ على البائعِ أو وكيلِه في ذلكَ، وله الرَّفعُ إلى الحاكمِ ليفسخَ عندَه ثمَّ يستحضِرَ الخَصْمَ ويردَّ عليه.

ولو قَدِرَ على الإشهادِ حالَ ذهابِه إلى البائعِ أو الحاكمِ، أو حالَ توكيلِه في الرَّدِّ أو عُذرِه على الفَسخِ، ولو بعَدلٍ واحدٍ لزِمَه، فإنْ ترَكَه سقَطَ حقُّه ولا يحتاجُ بعدَه إلى الإتيانِ إلى أحدِهما على الأوجَهِ.

ولو لقِيَ أحدَهما قبلَ الآخر فالأَوجهُ أنَّه إن كان هو البائعُ جازَ العُدولُ عنه، أو الحاكمُ فلا، وإن كان البائعُ غائبًا ولا وكيلَ له هناك رُفِعَ الأمرُ إلى الحاكمِ بأن يدَّعِيَ شراءَ ذلكَ الشَّيءِ مِن فلانٍ الغائبِ بثمنٍ معلومٍ قَبَضَهُ ثُمَّ ظهَرَ العَيبُ، وأنَّه فسَخَ البيعَ، ويُقيمُ البيِّنةَ بذلكَ ويُحلِّفُه أنَّ الأمرَ جرَى كذلكَ،

---

(١) في (ع)، (هـ): «الرد».

(٢) في (ج): «فحين».

ويحكُـمُ بالرَّدِّ على الغائبِ ويبْقَى الثَّمنُ دَينًا عليـه، ويأخُذُ المَبيعَ ويضعُه عندَ عدلٍ، ويقضي الدَّينَ مِن مالِ الغائبِ، فإن لم يجِدْ له سِوى المَبيعِ باعَه فيه.

والظَّاهـرُ كما قاله الزَّرْكَشِـيُّ أنَّ الرَّفعَ إلى الحاكمِ ليفسَـخَ عنـدَه يكْفِي فيه الغَيبـةُ عنِ البلـدِ أي: بل وعنِ المَجلسِ، وإن قلَّتْ، أمَّا القَضاءُ به وفصْلُ الأمرِ فلا بدَّ فيه مِن شـروطِ القَضاءِ على الغائبِ، فلا يُقضَى عليه مع قُربِ المَسـافةِ، ولا يُباعُ مالُه إلَّا لتعزُّزٍ أو تَوارٍ.

ودخَلَ في قولِه: «المُشـتَري» وكيلُ غيرِه في الشِّـراءِ فله الرَّدُّ بالعَيبِ، نعَمْ إنِ اشـتَراهُ بعَيـنِ مالِ المُـوكِّل، أو رضِيَ به المُـوكِّلُ، أو قصرَ في الـرَّدِّ؛ فلا ردَّ له، وفارَقَ فسـخُه بخيارِ المَجلسِ وإن رضِيَ المُـوكِّلُ باختصاصِ خيارِ المجلسِ بالوَكيلِ، بخلافِ ما لو رضِيَ به الوَكيلُ أو قصرَ في الرَّدِّ؛ فللمُوكِّلِ الرَّدُّ إن سمَّاهُ الوَكيلُ في العَقدِ أو نواهُ وصدَّقَه البائعُ، وإلَّا وقَعَ الشِّراءُ للوَكيلِ.

وخـرَجَ بمـا تقرَّرَ: ما إذا لـم يكُنِ المَبيعُ في يدِ المُشـتَري فـلا ردَّ حينئذٍ، ثم ن كان مأيوسًـا أو في حُكـمِ المَأيوسِ مِن عَوْدِه؛ كأنْ مـاتَ، أو أعتَقَه، أو أعتَقَ بالشِّـراءِ لكونِه أصْلَـه أو فرْعَه، أو زوَّجَه ولـم يرْضَ البائـعُ بأخْذِه مزوجًا رجَعَ بـالأرشِ علـى البائعِ، وهو جزءٌ مِن ثمنِه نسـبتُه إليه نسـبةُ ما نقَـصَ العَيبُ مِن قيمتِه سليمًا إليها.

وإلَّا؛ كأن باعَه، أو وهَبَه، أو رهَنَه، أو كاتَبَه كتابةً صحيحةً، أو غُصِبَ منه، أو أبَقَ في يدِه، أو آجَرَه ولم يرْضَ البائعُ به مسلوبَ المَنفعةِ مدَّةِ الإجارةِ فلا أرْشَ له أيضًا؛ لأنَّه يُمكِنُ عودُه إليه فيرُدُّه، نعَمْ إذا كان العَيبُ في الآبقِ غيرَ الإباقِ فله الرَّدُّ لليأسِ مِن ردِّه.

وما لو حدَثَ عندَه عَيبٌ وهو ما يُثبِتُ الردَّ غالبًا فيسقُطُ ردُّه القَهريُّ، ثم إنْ رضِيَ به البائعُ رَدَّه المُشتَري أو قنَعَ به، وإلَّا فليضم المُشتَري أرْشَ الحادثِ، وهو ما بينَ قيمتِه مع العَيبِ القَديمِ وقيمتِه معهما إلى المَبيعِ، ويردُّ أو يغرمُ البائعُ أرشَ القَديمِ ولا يرُدُّ، فإنِ اتَّفقَا على أحدِ الأمريْنِ فذاكَ، وإلَّا أُجيبَ مَن طلَبَ الإمساكَ، ومحلُّ ذلكَ إذا أعلَمَ البائعَ فورًا بالحادثِ ليختارَ ما تقدَّمَ، فإنْ أخَّرَ إعلامَه بلا عُذرٍ فلا ردَّ له ولا أرْشَ.

وما لو زالَ العَيبُ القَديمُ، أو أخَّرَ الرَّدَّ بلا عُذرٍ فيسقُطُ حقُّه، ويُصدَّقُ بيمينِه إنِ ادَّعَى جهْلَه بثبوتِ الرَّدِّ إن أسْلَمَ قريبًا أو نشَأَ بعيدًا عنِ العُلماءِ، أو جهِلَه يكونُ الرَّدُّ على الفَورِ إن خفِيَ ذلكَ على مثْلِه.

(**وَلَا يَجُوزُ**) أي: لا يحِلُّ ولا يصِحُّ (**بَيْعُ الثَّمَرَةِ**) والمُرادُ الجنسُ دونَ أصْلِها حيثُ لم يكُنْ مقطوعًا ولا جافًّا، (**مُطْلَقًا**) عن شرطِ القَطعِ (**إِلَّا بَعْدَ بُدُوِّ صَلَاحِهَا**)، وعلامتُه في المُتلونَةِ كالبَلحِ والعُنَّابِ: أخذُها في الحُمرةِ أوِ السَّوادِ أوِ الصُّفرةِ، وفي غيرِها كالعِنبِ الأَبيضِ: لِينُها، وتمويهُها وهو صفاؤُها وجريانُ الماءِ فيها، فيجوزُ بيعُها مُطلقًا، وبشرطِ قطْعِها، وبشرطِ إبقائِها.

فإنْ شرَطَ قطْعَها لزِمَ الوَفاءُ به إن لم يُسامِحِ البائعُ بالتَّركِ إلى أَوانِ الجُذاذِ، فإن لم يقطَعْ حتَّى مضَتْ مدَّةٌ فإن كان البائعُ طالَبَه بالقَطعِ لزِمَت أجرَتُها، وإلَّا فلا، قاله الخُوارزميُّ[1].

وإن لم يشتَرِطْ قطْعَها جازَ إبقاؤُها إلى وقْتِ جُذاذِها المُعتادِ ولو قبلَ نُضجِها، وكان أصْلُها المَقبوضُ أمانةً مع المُشتَري، بخلافِ ما لو قبَضَ

(١) ينظر: «المجموع شرح المهذب» (١١/ ٤١٤).

المُشْـتَرِي نحوَ الثَّمنِ في ظَرفِ البائـعِ، فإنَّه مضمونٌ عليه؛ لتمكُّنِه مِن التَّسـلمِ في غيرِه، ولزِمَ البائعَ سـقْيُه بقَدرِ ما ينمُو به ويَسْـلَمُ مِن الفَسادِ، فإنْ شرَطَه على المُشتَرِي فسَدَ البيعُ.

ويُعتبَـرُ في شـرطِ القَطعِ كونُه مُنجَّزًا، فلا يكفي شـرْطُه[1] بعدَ يومٍ مثلًا، ولا يُغنِي اعتيادُه عنْ شـرْطِه، ولوْ تراضَيَا بعدَ شـرطِ القَطـعِ بتَركِه جازَ، ولو بِيعَتِ الثَّمـرةُ مـع أصْلِها صفقةً واحدةً لم يجُزْ شـرطُ القَطـعِ، أو صفقتيْنِ وجَبَ، أو على أصْلٍ مقطوعٍ أو جافٍّ لم يجِبْ شـرطُ القَطعِ؛ لأنَّها لا تبقى عليها فيصيرُ كشَرطِ القَطعِ، ولو كان الأصلُ للمُشتَرِي لم يجِبِ الوَفاءُ بالشَّرطِ.

وبـدوُّ الصَّلاحِ في البعضِ كالـكلِّ، وكبيعِها قبلَ بُدوِّ صلاحِها بيعُها بعدَه إذا غلَبَ تلاحقُها واختلاطُ حادثِها بالمَوجودِ؛ كالتِّينِ.

(**وَلَا**) يجـوزُ (**بَيْـعُ مَـا**) يثبُتُ (**فِيـهِ الرِّبَا**) أي: حُرمـةُ العَقدِ عليه مـع انتفاءِ الشُّـروطِ السَّـابقةِ في محلِّه (**بِجِنْسِهِ**) أي: بشَـيءٍ منه حالَ كونِه (**رَطْبًا**) وإن لم يكُنْ ممَّا يجِفُّ، سواءٌ كان ذلكَ الشَّيءُ رطبًا أيضًا أو لا، فلا يُباعُ في غيرِ العَرايا رَطـبٌ برَطبٍ ولا بتَمرٍ، ولا عِنبٌ بعِنـبٍ ولا بزَبيبٍ، ولا طَرِيٌّ لَحمِ بقَرٍ بطَرِيِّه ولا بجافِّه؛ للجَهلِ الآنَ بالمُماثلةِ وقْتَ الجَفافِ.

(**إِلَّا اللَّبَـنَ**) فيجوزُ بيعُه بجنسـه[2] كيـلًا وإن كان رطبًا، سـواءٌ فيه الحَليبُ وغيرُه ما لم يغْلِ بالنَّارِ، ولا أثَرَ لكونِ ما يحْوِيهِ المِكيالُ مِن الخاثرِ أكثرَ وزنًا.

وإلَّا السَّمنَ، فيجوزُ بيعُه بجنسِه وإن كان رطبًا، وزنًا إن كان جامدًا، أو كيلًا إن كان مائعًا، على ما جزَمَ به البَغَوِيُّ[3]، واستحسَنَه في «الشَّرحِ الصَّغيرِ».

---

(١) في (ج): «شرط».

(٢) كتب في هامش (ج): «أي: بشيء منه».

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٧).

وإلَّا المَخيضَ الخالصَ مِن الماءِ ونحوِه، فيجوزُ بيعُ بعضِه ببعضٍ وإن كان رَطبًا، وقد يشمَلُه اللَّبنُ، بخلافِ المَشوبِ بنحوِ الماءِ، فلا يجوزُ بيعُه بمثْلِه، ولا بخالصٍ؛ للجَهلِ بالمُماثلةِ.

وإلَّا العَصيرَ والخَلَّ، فيجوزُ بيعُ عَصيرِ نحوِ الرَّطبِ أوِ العِنبِ بجنسِه، وإن كان رَطبًا[١].

وإلَّا الزَّيتونَ فيجوزُ بيعُ بعضِه ببعضٍ وإن كان رَطبًا، أما بيعُه بغيرِ جنسِه فيجوزُ مُطلقًا؛ كالرَّطبِ بالعِنبِ، أو الزَّبيبِ والقثَّاءِ بالباذِنجانِ أو الخِيارِ، وكخلِّ الرَّطبِ بِخلِّ العِنبِ أو خلِّ الزَّبيبِ، بخلافِ خلِّ الرَّطبِ بِخلِّ التَّمرِ كخلِّ[٢] التَّمرِ بخلِّ التَّمرِ، وخلِّ التَّمرِ بِخلِّ الزَّبيبِ.

وفي الخُلولِ مسائلُ كثيرةٌ ضابطُها كما يُعلَمُ بتأمُّلِها أنَّه إنِ اتَّحدَ الجِنسُ اشتُرِطَ انتفاءُ الماءِ مِن الجانبيْنِ، وإن اختلَفَ اشتُرِطَ انتفاؤُهُ مِن أحدِهما.



(١) زاد في (ج): «وبيعُ خلِّ نحوِ الرَّطبِ أو العِنبِ بجنسِه وإن كان رَطبًا».
(٢) في (ج): «وخل».

(فَصْلٌ)
فِي السَّلَمِ

ويقالُ له: السَّلَفُ.

وهو بيعُ موصوفٍ في الذِّمَّةِ بلفظِ السَّلَمِ أو نحوِه، ومنه لفْظُ الصُّلحِ على ما هو قضيَّةُ عدِّهم السَّلَمَ مِن أقسامِ الصُّلحِ.

(**ويَصِحُّ السَّلَمُ**) حالةَ كونِه (**حَالًا، وَ**) حالةَ كونِه (**مُؤَجَّلًا**) على الإسنادِ المَجازيِّ فيهما كما هو ظاهرٌ، وذلكَ بأن يُصرِّحَ بالحُلولِ أو التَّأجيلِ، فإن أُطلِقَ انعقَدَ حالًّا كالثَّمنِ في المَبيعِ المُطلَقِ، أو أَلحقَا به أجلًا في المَجلسِ لحِقَ، أو ذكرَا أجلًا ثُمَّ أسقطَاه في المَجلسِ سقَطَ.

أما المُؤجَّلُ: فلوُرودِ النَّصِّ به؛ كخبَرِ الصَّحيحيْنِ[1]: «**مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ**».

وأما الحالُّ: فبالقياسِ عليه بجامعِ دفْعِ الحَرجِ في إحضارِ المَبيعِ مكانَ العَقدِ أي: مثلًا وأَوْلى؛ لأنَّه أبعدُ عنِ الغَررِ ولا مانعَ، ولا يُنافِيهِ مفهومُ قولِه في الخبَرِ: «**إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ**»؛ لأنَّه خرَجَ مخْرَجَ الغالبِ، فلا مفهومَ له كما تقرَّرَ في الأُصولِ.

ولو سُلِّمَ فيجوزُ أنْ يكونَ مجموعُ المَوصوفِ وصِفتُه قيدًا واحدًا أُريدَ به إخراجُ المَجهولِ لا الحالِّ أيضًا، ولأنَّ تقديرَه إن كان مؤجَّلًا بقَرينةِ ما قبلَه مع مُساعدةِ المَعنى فإنَّ تقديرَه: «في كيلٍ معلومٍ إن كان مكيلًا، ووزنٍ معلومٍ إن كان موزونًا» بدليلِ جوازِ السَّلَمِ في المَعدودِ والمَذروعِ.

---

(١) «صحيح البخاري» (٢٢٤٠)، و«صحيح مسلم» (١٦٠٤) من حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

وظاهرٌ أنَّه مع التَّصريح بذلكَ القَيدِ لا يكونُ في قياسِ الحالِّ تغييرًا لحكمِ النَّصِّ فكذا مع تقديرِه لدليلٍ؛ لأنَّ المُقدَّرَ كذلكَ كالمَذكورِ كما هو مشهورٌ، على أنَّ غايةَ ما يلزَمُ تغييرُ مفهومِ النَّصِّ بالقياسِ، وهو جائزٌ عندَنا لا سيَّما في الآحادِ، ولأنَّ مَحلَّ البيعِ يجِبُ أنْ يكونَ مملوكًا مقدورَ التَّسليمِ، والمُسلمُ فيه ليس كذلكَ؛ لأنَّه معدومٌ، إلَّا أنَّ الشَّارعَ رخَّصَ فيه بإقامةِ ما هو سببُ القُدرةِ على التَّسليمِ وهو الأجلُ مقامَ حقيقةِ القُدرةِ وجَعلَه خلفًا عنها، فحكمُ الأصلِ الذي هو السَّلَمُ المُؤجَّلُ يشتملُ على جعْلِ الأجلِ المَعلومِ خَلَفًا عن وجودِ المُسْلَمِ فيه وعنِ القُدرةِ عليه، وقياسُ الحالِّ عليه تغييرٌ لهذا الحكمِ؛ إذْ ليس فيه جعْلُ الأجلِ خَلفًا عنِ الوجودِ، ومِن شرطِ القياسِ تعديةُ الحكمِ من غيرِ تغييرٍ؛ لأنَّا لا نُسلِّمُ أنَّ الشَّارع أقامَ الأجلَ مقامَ ما ذُكِرَ، بل أسقطَ[1] ما ذُكِرَ حالَ العَقدِ تخفيفًا، واكتَفَى به عندَ وجوبِ التَّسليمِ وهو وقتُ الحلولِ.

وعلى هذا فليس في قياسِ الحالِّ تغييرًا للحكمِ، ولو سلَّمْنا ذلكَ فليس اللَّازمُ في الحالِّ إلَّا اعتبارُ القُدْرةِ حالَ العَقدِ، وهو أَوْلى بالجوازِ؛ لأنَّه رُجوعٌ إلى الأَصلِ دونَ الخَلفِ، فغايةُ الأمرِ نتركُ الخَلفَ إلى الأصلِ، ولا محذورَ فيه، وإنَّما المَحذورُ الخروجُ عنِ الأصلِ والخَلفِ جميعًا، ولا يضرُّ عدمُ وجودِ مَحلِّ البيعِ؛ لأنَّ رَبطَه بالذِّمَّةِ قائمٌ شرعًا مقامَ وجودِه بدليلِ جوازِ كونِ نحوِ الثَّمنِ في الذِّمَّةِ، وإذا علمْتَ ذلكَ ظهَرَ لكَ فسادُ دعواهم فسادَ القياسِ من وجهَيْنِ أشَرْنا إليهما.

وإنَّما يصِحُّ السَّلَمُ حالًّا كان أو مؤجَّلًا (**فِيمَا تكامَلَ فِيهِ خَمْسُ شَرَائِطَ**):

الأوَّل: (**أَنْ يَكُونَ مَضْبُوطًا**) في نفسِه[2] (**بِالصِّفَةِ**) لانضباطِها فيتأتَّى ضبطُه بها، وذلكَ كالحُبوبِ كالأَرُزِّ في قِشْرِه الأسفلِ، والأذهانِ الغَيرِ المُطيَّبةِ بطِيبٍ

---

(١) في (ن)، (ج): «أسقط اعتبار».

(٢) «في نفسه» جاءت في (ع)، (ص) من المتن.

خالَطَهـا، بخـلافِ ما تروح شمسـها[1] بـه، والدَّقيقِ والسُّـويقِ والنِّشـا والتِّبنِ والنُّخالـةِ إذا انضبطَتْ بالكيلِ ولـم يكثُرْ تفاوتُها فيه، والبُـرودِ؛ لأنَّ تخطيطَها مضبوطٌ، إلَّا عَصبَ اليَمنِ والأكسـيةَ واللُّبودَ وغيرَ المَلبوسِ مِن نحوِ القُمصِ والسَّراويلاتِ.

بخلافِ غيرِ المَضبوطِ بالصِّفةِ؛ كالملبوسِ مِن نحوِ القُمصِ والسَّراويلاتِ، وكالمعمـولِ مِن الجِبـابِ والكِيزانِ والمَنائـرِ والمَخـروطِ المختلفِ الأعلى والأسـفلِ مثلًا، ورؤوسِ الحَيوانِ والجُلـودِ على هيئتِها، بخلافِ قطعِ الجُلودِ يجوزُ السَّلَمُ فيها وزنًا؛ لأنَّ المقصودَ جملتُها، فجُعِلَ تفاوتُها عفوًا، ويُؤخَذُ مِن ذلكَ عدمُ صحَّتِه في نحوِ الفُولِ المَدشوشِ؛ لعدمِ انضباطِه.

(وَ) الثَّاني: (**أَنْ يَكُونَ جِنْسًـا لَمْ يَخْتَلِطْ بِهِ غَيْرُهُ**) ممَّا يكونُ مقصودًا فيه ولم ينضبِطْ[2] في القدْرِ والصِّفةِ:

* فـلا يصِـحُّ في المُختلطِ المَقصـودِ الأركانِ الذي لا ينضبِطُ؛ كالهَريسَـةِ، والحَلْوَى، والمَعجوناتِ، والكَشْـكِ، والحِنطةِ المَخلوطةِ بالشَّعيرِ، والسفينةِ، والخِفـافِ[3] والنِّعـالِ لاختـلافِ وجهَيْهـا وحشْـوِها، والعبارةُ لا تفـي بذكْرِ أوضاعِها[4] وأقدارِها، أمَّا الخِفافُ المُتَّخذَةُ مِن شيءٍ واحدٍ ومثْلُها النِّعالُ، قال السُّـبكيُّ: فإنْ كان مِن جِلدٍ ومنَعْنا السَّـلَمَ فيه وهو الأصحُّ امتَنَعَ، وإن جوَّزْناه فيظهَرُ جوازُه إذا لم يختلِفْ جِلدُه وقُطِّعَ قِطعًا مضبوطةً، وإن كان مِن غيرِ جِلدٍ فكالثِّيابِ المَخيطةِ التي جوَّزَ الصَّيمَرِيُّ السَّلَمَ فيها[5].

(١) في (ش)، (ك): «سمسمها».
(٢) في (ش)، (ن): «ينضبط».
(٣) في (ش)، (ن): «وكالخفاف».
(٤) في (ش)، (ن): «أوصافها».
(٥) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٣٠).

* بخلافِ المُختلطِ المَقصودِ الأركانِ المُنضبطِ؛ كالعَتَّابيِّ وهو المُركَّبُ مِن قُطنٍ وحَريرٍ، والخزِّ وهو المُركَّبُ من إبْريسَمٍ ووَبرٍ أو صُوفٍ، والثَّوبِ المَعمولِ عليه بالإبرةِ مِن غيرِ جنسِه، والمُختلطِ بما لا يُقصَدُ في نفْسِه؛ كخَلِّ التَّمرِ، والزَّبيبِ، والجُبنِ، والأَقِطِ، والسَّمكِ المَملوحِ[1]؛ لاختلاطِها مِن الماءِ في الأوَّلِ، والمِلْحِ فيما بعدَه مع زيادةِ الإِنْفَحَةِ في الثَّاني والثَّالثِ، ويسيرِ الدَّقيقِ أيضًا في الثَّالثِ غيرَ مقصودةٍ في نفْسِها.

(وَ) الثَّالثُ: أنْ يكونَ (**لَمْ تَدْخُلْهُ النَّارُ**[2] **لإِحَالَتِهِ**) بأن تُؤثِّرَ فيه تأثيرًا لا ينضبِطُ، فلا يصِحُّ في خُبزٍ ولا مَطبوخٍ ولا مَشويٍّ ولا مَقليٍّ؛ لاختلافِ الغَرضِ باختلافِ تأثيرِها وتعذُّرِ الضَّبطِ، ويصِحُّ في المَاوَردِ ونحوِ العَسلِ المُصفَّى بالنَّارِ والشَّمعِ والآجُرِّ والقَندِ[3] والخَزَفِ والفَحْمِ؛ لِلَطافةِ نارِ المَذكوراتِ وانضباطِها، وكذا السُّكرُ والفانيذُ والدِّبسُ واللِّبأُ كما مالَ إلى ترجيحِه في «الرَّوضَةِ»[4]، وصرَّحَ به في «تصحيح التَّنبيهِ»، لكن كلامُ الرَّافعيِّ[5] يميلُ إلى المَنعِ كما في الرِّبا، وجزَمَ به في «الأنوارِ»[6] واعتمَدَه الإِسْنَوِيُّ[7].

قال شيخُ مشايخِنا: ويؤيِّدُ الأوَّلَ صحَّةُ السَّلَمِ في الآجُرِّ كما صحَّحَه الشَّيخانِ، وعليه يفرَّقُ بينَ البابيْنِ[8] بضيقِ بابِ الرِّبا[9]. انتهى.

نعَمْ الآجُرُّ الذي لم يكملْ نضجُه واحمَرَّ بعضُه واصفَرَّ بعضُه يمتنعُ السَّلَمُ فيه كما نقلَه المَاوَرْديُّ عن أصحابِنا. قال السُّبكيُّ: وهو الظَّاهرُ لاختلافِه. قال

---

(١) في (ج)، (ن): «المملح».

(٢) في (ش)، (ك): «نار».

(٣) القَنْدُ: ما يُعملُ منه السُّكَّرُ. «المصباح المنير» (٢/ ٥١٧).

(٤) «روضة الطالبين» (٣/ ٣٩٢).

(٥) «الشرح الكبير» (٤/ ٤١٧).

(٦) «الأنوار» (١/ ٥٠٣).

(٧) «المهمات» (٥/ ٣٠٣).

(٨) أي: باب الرِّبا والسلم.

(٩) «أسنى المطالب» (٢/ ١٣٤).

الأَذْرَعِيُّ: والظَّاهرُ جوازُه في المَسمُوطِ؛ لأنَّ النَّارَ لا تعمَلُ فيه عملًا له تأثيرٌ[١].

وصرَّحَ الإمامُ بجوازِ بيعِ الماءِ المَغليِّ بمثْلِه، وقياسُه جوازُ السَّلَمِ فيه بالأَولى.

وخرَجَ بالنَّارِ: ما دخلَتْه الشَّمسُ، فلا إشكالَ في صحَّةِ السَّلَمِ فيه.

(وَ) **الرَّابعُ والخامسُ**: (**أَلَّا**[٢] **يَكُونَ مُعَيَّنًا، وَلَا مِنْ مُعَيَّنٍ**) فلا يصِحُّ السَّلَمُ في ثَمرةِ هذا البُستانِ ولا في قدْرِ كذا مِن ثَمرِه للغررِ؛ لأنَّه قد ينقطِعُ فلا يحصُلُ منه شيءٌ، نعَمْ لو كان مِن معيَّنٍ يُؤمَنُ انقطاعُه كثَمرِ[٣] ناحيةٍ كثيرٍ صحَّ السَّلَمُ فيه وإن لم يُفِدْ تنويعًا؛ لأنَّه لا ينقطِعُ غالبًا.

(**ثُمَّ**) للتَّرتيبِ الإخباريِّ (**لِصِحَّةِ السَّلَمِ فِيهِ**) أي: فيما تكامَلَ فيه الشَّرائطُ المذكورةُ (**ثَمانِيَةُ**[٤] **شَرَائِطَ**) والفرْقُ بينَها وبينَ الخمسةِ السَّابقةِ كما دلَّ عليه صنيعُه أنَّ المُعتبَرَ في هذه وجودُها في العَقدِ إلَّا السَّابعَ ففي حَريمِه، والمعتبَرُ في تلك وجودُها في المَعقودِ عليه في الواقعِ.

(**وَهُوَ**) أي: مجموعُ الثَّمانيةِ:

الأوَّلُ منه: (**أَنْ يَصِفَهُ بَعْدَ**) أي: مع (**ذِكْرِ جِنْسِهِ**) كالتَّمرِ والبُرِّ والإبلِ والرَّقيقِ والقُطنِ والكتَّانِ في الثِّيابِ، (**وَنَوْعِهِ**) كالبَرْنيِّ مِن التَّمرِ، والسَّمراءِ من البُرِّ، والمُهريَّةِ مِن الإبلِ، والتُّرْكيِّ والحَبشيِّ مِن الرَّقيقِ، وقد يُغني ذكْرُ النَّوعِ كالضَّأنِ والمعزِ عنْ ذِكْرِ الجنسِ كالغَنمِ، ولو اختلَفَ صِنفُ النَّوعِ[٥] وجَبَ ذِكْرُه كخَطَّابيٍّ أو رُوميٍّ، ولو تبيَّنَ النَّوعُ بالإضافةِ إلى قومٍ أو بلدٍ كنِتاجِ بني فلانٍ أغنَتِ الإضافةُ إليهم إن لم يعزَّ وجودُه بأن كثُرَ نتاجُهم، وإلَّا لم يصِحَّ.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٣٤).
(٢) في (ج): «أن».
(٣) في (ج، ك، هـ): «كثمرة».
(٤) في (ج): «ثمان».
(٥) في (ش)، (ك): «النوع كالضأن».

(بِالصِّفَاتِ الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا الثَّمَنُ) ممَّا يغلِبُ قصْدُه ولا يدُلُّ الأصلُ على عدمِه، ولا يُؤدِّي إلى عزَّةِ الوجودِ؛ كلونِ كلٍّ مِن التَّمرِ والبُرِّ كأحمَرَ أو أبيَضَ، وكِبَرِ حَبَّاتِه أو صِغرِها، وبلَدِه كمَكِّيٍّ أو مَدنِيٍّ، أو عتْقِه، أو حَداثَتِه، وكونِ الجَفافِ على النَّخلِ أو بعدَ الجُذاذِ، فإنَّ الأوَّلَ أبْقَى والثَّاني أصْفَى قاله المَاوَرْدِيُّ[1].

قال السُّبكيُّ: ويُستحَبُّ أن يُبيِّنَ عتيقَ عامٍ أو عاميْنِ، فإنْ أطلَقَ فالنَّصُّ الجَوازُ، وينزِلُ على مُسمَّى العتيقِ[2].

وكاللَّونِ في الإبلِ كأحمرَ أو أسودَ، وذُكورتِها أو أُنوثتِها وسنِّها كابنِ مخاضٍ أو ابنِ لبونٍ، ولا يُشترَطُ ذكْرُ القَدْرِ على ما نقَلَه الرَّافعيُّ[3] عنِ اتِّفاقِ الأصحابِ وإن خُولِفَ فيه.

وكاللَّونِ في الرَّقيقِ كأبيضَ أو أسوَدَ مع وصْفِ بياضِه بسُمرَةٍ أو شُقرَةٍ، وسَوادِه بصَفاءٍ أو كُدرَةٍ، فإن لم يختلِفِ اللَّونُ كزَنْجِيٍّ لم يحتَجْ لوصْفِه وذُكورتِه أو أُنوثَتِه[4] وقدْرِه طولًا أو قصرًا أو رِبعةً، وسنِّه كابنِ ستٍّ أو سبعٍ أو مُحتلمٍ.

قال الأَذْرَعِيُّ: والظَّاهرُ أنَّ المُرادَ به أوَّلُ عامِ الاحتلامِ أو وقْتُه، وإلَّا فابنُ عشرينَ سنةً محتلمٌ[5]. انتَهى.

ويُحمَلُ على التَّقريبِ، فإنْ شرَطَ تحديدَه كابنِ ستٍّ بلا زيادةٍ ولا نقصانٍ لم يجُزْ؛ لنُدرتِه، ويُصدَّقُ الرَّقيقُ في احتلامِه، والرَّقيقُ البالغُ في سِنِّه، والسَّيِّدُ البالغُ في سِنِّ صغيرٍ علِمَه.

---

(١) «الحاوي الكبير» (٥/ ٣٩١).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٣٥).

(٣) «الشرح الكبير» (٤/ ٤٢٢).

(٤) زاد في (ج)، (ك): «والثيوبةِ أو البكارةِ في الأمَةِ».

(٥) «قوت المحتاج» (٢/ ٣٨٣).

قال شيخُ مشايخِنا: وظاهرٌ أنَّ محَلَّ تصديقِهما إذا كانَا مسلميْنِ عاقليْنِ[١]. انتهى.

وهو شاملٌ لمَسألةِ الاحتلامِ، وهو محتملٌ، فإن لم يبلُغِ الرَّقيقُ ولا علِمَ السَّيِّدُ سِنَّه رجَعَ إلى قولِ الدَّلالِينَ بظنونِهم.

وكبلدِ نسجِ الثِّيابِ إن اختلَفَ به الغرضُ وطولِها وعرْضِها، ودِقَّةِ غزْلِها أو غلَظِه، وصفاقَةِ نسْجِها أو رقَّتِه، ونعومَتِها أو خشونَتِها، ولا يجِبُ شرطُ المَقصورِ أو الخامِ، فإنْ أطلقَ حُمِلَ على الخامِ، فإن أُحضرَ المَقصورُ كان أَوْلى، قاله الشَّيخُ أبو حامدٍ، وقضيَّتُه وجوبُ قبولِه[٢].

قال السُّبكيُّ[٣] وغيرُه: إلَّا أن يختلِفَ الغَرضُ به فلا يجِبُ قبولُه.

ولا يجوزُ أن يذكُرَ نسْجَ رَجلٍ بعَيْنِه إلَّا أن يُضافَ إليه إضافةَ تعريفٍ مِن غيرِ إرادةِ نسْجِه فيجوزُ، قاله المَاوَرْدِيُّ.

بخلافِ الصِّفاتِ التي لا يختلِفُ بها الثَّمنُ؛ ككونِ جُذاذِ الثَّمرةِ، أو حَصادِ البُرِّ مِن بَني فُلانٍ، والصِّفاتِ الَّتي لا يغلِبُ قصْدُها، وهي ما يَتسامَحُ النَّاسُ بإهمالِها غالبًا ويَعدُّونَ ذكْرَها استقصاءً ومُبالغةً؛ كالمَلاحةِ، وسِمنِ الجاريةِ، والصِّفاتِ التي يدُلُّ الأصلُ على عدَمِها؛ ككونِ الرَّقيقِ قويًّا على العَملِ، أو كاتبًا، فلا يجِبُ ذكْرُها، والصِّفاتِ التي تؤدِّي إلى عزَّةِ الوُجودِ؛ كوصفِ كلِّ عضوٍ على حيالِه بأوصافِه المقصودةِ، فلا يجوزُ ذكْرُها.

(وَ) الثَّانِي: (أَنْ يَذْكُرَ قَدْرَهُ بِمَا) أي: بوجْهٍ **(يَنْفِي الجَهالَةَ)** أي: جَهلَ

---

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ١٣١).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٣٦).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٣٦).

المُتعاقديْـنِ بـه (عَنْـهُ) كالكَيـلِ في المَكيـلِ، والـوَزنِ في المَـوزونِ، والذَّرعِ في المَذرُوعِ، والعَدِّ في المَعدودِ.

نعَـمْ يجـوز وزنُ المَكيلِ، وكيلُ المَـوزونِ، كذا أطلَقَه الأصحـابُ، وحمَلَه الإمامُ على ما يُعدُّ الكَيلُ في مثْلِه ضابطًا فيه، بخلافِ نحو فُتاتِ المِسكِ والعَنبَرِ؛ لأنَّ للقَدْرِ اليَسيرِ منه ماليَّةً كبيرةً، والكَيلُ لا يُعدُّ ضابطًا فيه حكاه عنه الرَّافعيُّ[1] وأقرَّه، ثُمَّ ذكَرَ أنَّه يجوزُ السَّلَمُ في اللَّآلئِ الصِّغارِ إذا عمَّ وجودُها كيلًا ووَزنًا.

قـال في «الرَّوضَةِ»: هذا مخالفٌ لِما تقدَّمَ عنِ الإمام فكأنَّه اختارَ هنا ما تقدَّمَ مِن إطلاقِ الأصحابِ[2].

ومنَـعَ البُلْقِينِيُّ المُخالفةَ؛ لأنَّ نحوَ فُتاتِ المِسـكِ والعَنبَرِ إنَّما لم يُعدَّ الكيلُ فيه ضبطًا[3] لكثرَةِ التَّفاوتِ بالثِّقلِ على المَحَلِّ أو تركِه[4]، وفي اللُّؤلؤِ لا يحصُلُ بذلـك تفاوتٌ كالقَمـحِ والفُولِ، وجزَمَ النَّوويُّ في «تصحيحِـه» بما قاله الإمامُ، واستثْنَى الجُرْجانِيُّ وغيرُه النَّقديْنِ أيضًا فلا يُسْلَمُ فيهما إلَّا وزنًا[5].

ولا يجـوزُ الجَمـعُ بينَ الكيلِ والوَزنِ؛ كمئةِ صاعِ حِنطـةً على أنَّ وزْنَها كذا، ولا بينَ الذَّرعِ والوَزنِ في ثوبٍ موصوفٍ؛ لأنَّ ذلكَ يُؤدِّي إلى عزَّةِ الوجودِ، ولو أسْـلَمَ في معـدودٍ مذروعٍ[6] كبُسُـطٍ اعتُبِرَ مع العَدِّ الذَّرعُ كمـا هو معلومٌ، وما لا يتأتَّـى ضبْطُه بالكيلِ ولا بالعَدِّ كالبِطِّيخِ والرُّمَّـانِ والبَيضِ والبُقولِ ونحوِها ممَّا يتجـافى في المِكيالِ ويكثُرُ التَّفـاوتُ فيه يتعيَّنُ فيه الوزْنُ وحـدَه، فلا يجوزُ ضمُّ العَدِّ إليه؛ لأنَّه يحتاجُ معَه إلى ذِكرِ الحَجمِ، وذلكَ يُورِثُ عزَّةَ الوجودِ.

---

(١) «الشرح الكبير» (٤/ ٤٠٥).

(٢) «روضة الطالبين» (٤/ ١٧).

(٣) في (ج)، (ن): «ضابطًا».

(٤) في (ج): «تراكمه».

(٥) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٢٩).

(٦) في (ن): «ومذروع».

والـكلامُ في الوَزنِ لكلِّ واحدةٍ، أما لو أسْـلَمَ في عددٍ مِـن البِطِّيخ مثلًا كمِئةٍ بالوزنِ في الجميعِ دونَ كلِّ واحدةٍ فيجوزُ اتِّفاقًا كما قاله السُّـبكيُّ وغيرُه، وفيه نظرٌ؛ لأنَّه يُؤدِّي إلى عزَّةِ الوجودِ وإن لم يعتبرْ ذكرُ الشَّـكلِ[1] والوزنِ على هذا التَّقديرِ أيضًا، ولعلَّ الأوْجَه المنعُ كما هو قضيَّةُ إطلاقِهم.

ويُشترَطُ في اللَّبِنِ ذكْرُ عددِه وطولِ كلِّ لبِنةٍ وعَرضِها وثَخانتِها، وأنَّه مِن طينٍ معروفٍ، ويُسَـنُّ ذكْرُ وزنِ كلِّ لَبِنةٍ؛ لأنَّها تُضـرَبُ بالاختيارِ ولا يَعِزُّ وجودُها، والأمْـرُ في وزْنِهـا على التَّقريبِ، ولو عيَّن مكيالًا أو نحـوَه، فإن لم يكُنْ معتادًا فسَـدَ العَقدُ؛ للغَرَرِ، فإنَّه قـد يتلَفُ قبلَ قَبضِ ما في الذِّمَّةِ، فيُـؤدِّي إلى التَّنازعِ، بخـلافِ ما لـو قال: «بعْتُك ملءَ هذا الكُوزِ مِن هذه الصُّبْـرةِ» فإنَّه يصِحُّ؛ لعَدمِ الغَررِ، وإن كان مُعتادًا صحَّ العَقدُ ولغا التَّعيينُ.

(وَ) **الثَّالثُ**: أنَّه (**إِنْ كَانَ مُؤَجَّلًا ذَكَرَ**) العاقدُ (**وَقْتَ مَحِلِّهِ**) بكسرِ الحاءِ أي: حُلولِه بحيثُ يكونُ معلومًا لهما كـ «إلى العيدِ» أو «رَبيعٍ»، ويُحمَلُ على ما يليهِ مِـن العيديْـنِ أو الرَّبيعيْنِ، فيحِلُّ بأوَّلِ جزءٍ منه، فـإن ذكَرَ وقتًا مَجهولًا كـ «إلى الحصـادِ» أو «قدومِ الحاجِّ» لـم يصِحَّ، وكذا لو قال: «يحِلُّ في يومِ الجُمعةِ» أو «في رمضـانَ» أو «إلى أوَّلِ رمضانَ» أو «آخرِه» على ما نقَلَه الشَّـيخانِ في الثَّالثةِ والرَّابعةِ عنِ الأصحابِ، ثُمَّ نقلا عنِ الإمامِ والبَغَويِّ أنَّه ينبَغِي أنْ يصِحَّ ويُحمَلُ على الجُزءِ الأوَّلِ مِن كلِّ نصفٍ كما في النَّفرِ[2].

قال في «الشَّرحِ الصَّغيرِ»: وهو الأقوى.

---

(١) في (ن): «الكيل».

(٢) «المجموع شرح المهذب» (١٣/ ١٣٨).

واعتمدَه جمْعٌ مِن أكابرِ المُتأخِّرينَ منهم السُّبكيُّ والإِسْنَوِيُّ[١]، ونقَلُوه عنِ النَّصِّ وجمْعٍ مِن الأصحابِ.

(وَ) **الرَّابِعُ**: (**أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا**) بحيثُ يتأتَّى تسليمُه بالصِّفةِ المعتبَرةِ ولو بمَحِلٍّ آخَرَ اعتِيدَ نقْلُه منه للبيعِ بمَحلِّ التَّسليمِ (**عِنْدَ الِاسْتِحْقَاقِ**) للتَّسليمِ، وذلكَ في السَّلَمِ الحالِّ بالعَقدِ، وفي المُؤجَّلِ بحُلولِ الأجلِ (**غَالِبًا**) فلو أسْلَمَ في منقطعٍ عندَ الاستحقاقِ كالرُّطبِ في الشِّتاءِ، أو فيما لا يوجدُ عندَ الاستحقاقِ إلَّا نادرًا؛ كلحْمِ الصَّيدِ بموضعٍ أو وقْتِ العِزَّةِ، وكاللآلئِ الكبارِ لنُدرتها باستقصاءِ أوصافِها مِن ذكْرِ حجمٍ وشكْلٍ ووزنٍ وصفاءٍ، وكأمَةٍ ونحوِ ولدِها لنُدرةِ اجتماعِهما بالصِّفاتِ المُعتبَرةِ، أو فيما لم[٢] يُعتَدْ نقْلُه للبيعِ بمَحلِّ التَّسليمِ بأن كان نقلُه إليه نادرًا، أو لغيرِ البيعِ كالهديةِ، أو لم يُنقلْ أصلًا لم يصِحَّ.

وأفهَمَ كلامُه أنَّه لا يكفي الوُجودُ إذا لم ينتَهِ إلى حَدِّ الغَلبةِ وإن كان كثيرًا.

وخرَجَ بتقييدِ اللآلئِ بالكبارِ وهي ما يُطلَبُ للتَّزيُّنِ: الصِّغارُ، وهي ما تُطلَبُ للتَّداوي، فيجوزُ السَّلَمُ فيها كيلًا ووزنًا إذا عمَّ وجودُها كما عُلِمَ ممَّا سبَقَ.

ويجوزُ السَّلَمُ في البَلُّورِ بخلافِ العَقيقِ؛ لاختلافِ أحجارِه، قاله المَاوَرْدِيُّ[٣]، فلو كان ممَّا يُوجدُ عندَ الاستحقاقِ غالبًا لكن عرَضَ انقطاعُه وقْتَ الحُلولِ لم ينفسِخِ العَقدُ، بخلافِ تلفِ المَبيعِ؛ لأنَّ المُسلَمَ فيه يتعلَّقُ بالذِّمَّةِ، ويتخيَّرُ المُسلِمُ على التَّراخي بينَ الفَسخِ والصَّبْرِ حتَّى يُوجَدَ، فإنْ أجازَ ثُمَّ بَدَا له الفَسخُ فله ذلك، ولو أسقَطَ حقَّه مِن الفَسخِ لم يسقُطْ، ولو عَلِمَ قبلَ الحُلولِ الانقطاعَ عندَه فلا خيارَ في الحالِ؛ إذْ لم يجِئْ وقْتُ وجوبِ التَّسليمِ.

---

(١) «المهمات» (٥/ ٢٩٢).

(٢) في (ج): «لا».

(٣) «الحاوي الكبير» (٥/ ٤٠٦).

(وَ) الخامسُ: (أَنْ يَذْكُرَ مَوْضِعَ قَبْضِهِ) إن كان مُؤَجَّلًا وكان لحمْلِه مؤنةٌ، أو كان موضعُ العَقدِ لا يصلُحُ للقَبضِ لتفاوتِ الأغراضِ فيما يُرادُ مِن الأمكنةِ في ذلك، فإن لم يكُنْ لحَمْلِه مؤنةٌ وكان موضعُ العَقدِ صالحًا للقبْضِ لم يشترطْ ذلك، ويتعيَّنُ موضعُ العَقدِ للقبضِ للعُرفِ، فإن كان حالًّا لم يُشترطْ ثَمَّ ذكْرُ موضعِ قبْضِه، ويتعيَّنُ موضعُ العَقدِ له، وإن كان لحَملِه مؤنةٌ ولم يصلُحْ موضعُ العَقدِ للقبضِ على ما اقتَضَاه كلامُ الشَّيخيْنِ[1] للعُرفِ، لكنْ قال ابنُ الرِّفْعَةِ[2] فيما إذا لم يَصلُحْ موضعُ العَقدِ للقبضِ: الظَّاهرُ أنَّه يُشتَرطُ التَّعيينُ، وهو ظاهرُ كلامِ الأئمَّةِ. انتهى.

فإن عيَّنَا غيْرَه جازَ وتعيَّنَ بخلافِ المَبيعِ المُعيَّنِ، والفرْقُ أنَّ السَّلَمَ يقَبلُ التَّأجيلَ فقَبِلَ شرطًا يتضمَّنُ تأخيرَ قبْضِه بخلافِ البيعِ[3]، ومِن هنا كان الثَّمنُ في الذِّمَّةِ كالمُسلمِ فيه، والثَّمنُ المُعيَّنُ كالمَبيعِ المُعيَّنِ.

وقال في «التَّتمَّةِ»: كلُّ عِوضٍ كأُجرةٍ وصَداقٍ وعوضِ خُلعٍ ملتزمٍ في الذِّمَّةِ غيرِ مؤجَّلٍ حُكْمُه كالسَّلَمِ الحالِّ، فإن ذُكِرَ موضعُ قبضِه جازَ وتعيَّنَ، وإلَّا تعيَّن موضعُ العَقدِ؛ لأنَّه يقبلُ التَّأجيلَ كالمُسلَمِ فيه، ويكْفِي في ذكْرِ موضعِ القَبضِ أن يقولَ: «تُسلِّمُه لي في بلدِ كذا» إلَّا أن تكونَ كبيرةً كبغدادَ والبصْرةِ، ويكْفِي إحضارُه في أوَّلِها، ولا يُكلَّفُ إحضارَه إلى منزلِه، ولو خرَجَ المُعيَّنُ عنِ الصَّلاحيَّةِ تعيَّنَ أقربُ موضعٍ صالحٍ إليه، والمُرادُ بمَوضعِ العَقدِ: تلك المَحلَّةُ، لا نفْسُ موضعِ العَقدِ.

---

(١) «الشرح الكبير» (٤/ ٤٢٧)، و«المجموع شرح المهذب» (١٣/ ١٤٣).

(٢) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (٩/ ٣٥٣).

(٣) في (ج): «المبيع».

(وَ) **السَّادسُ**: (**أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ**) وهو رأسُ المالِ (**مَعْلُومًا**) برؤيتِه إن كان معيَّنًا، ومعرفةِ قدْرِه وجنْسِه وصفَتِه إن كان في الذِّمَّةِ؛ كالثَّمنِ في المَبيعِ.

(وَ) **السَّابعُ**: (**أَنْ يَتَقَابَضَا**) أي: رأسَ المالِ (**قَبْلَ التَّفَرُّقِ**) مِن مجلسِ العَقدِ بأن يسلِّمَه المُسلِمَ ويتسلمه المُسلَمَ إليه، فعبَّرَ عن ذلكَ بالتَّقابضِ تسامُحًا مع ظهورِ المُرادِ.

لا يقالُ ظاهرُ كلامِه أنَّ المُرادَ قبْضُ المُسلَمِ إليه رأسَ المالِ، وقبضُ المُسلِمِ المُسلَمَ فيه، وهو غيرُ صحيحٍ؛ لأنَّا نقولُ: هذا الظَّاهرُ غيرُ مرادٍ بقرينةِ سياقِه؛ كقولِه: «وأن يذكُرَ موضعَ قبْضِه» فلا إشكالَ.

نعَمْ قضيَّةُ كلامِه باعتبارِ ما فسَّرَ به اعتبارَ الإقباضِ مِن المُسلِمِ حتَّى لا يكفِيَ استبدادُ المُسلَمِ إليه بالقبْضِ بغيرِ اختيارِه، وارتَضاهُ بعضُ المُتأخِّرينَ أخذًا مِن تعبيرِ الشَّيخيْنِ وغيرِهما بالإقباضِ، لكنِ الظَّاهرُ خلافُه كما في الرِّبا بل أَوْلَى.

والتَّعبيرُ بالإقباضِ جَرَى على الغالبِ، فلو تفرَّقَا قبلَ القبضِ فسَدَ العَقدُ، وكذا لو تخايَرَا قبْلَه أو بعدَ قبضِ البعضِ أو بعدَ قبضِ جميعِه، ثُمَّ إيداعه عندَ المُسلِمِ جازَ، وكذا بعدَ قبضِه ثُمَّ ردَّهُ إليه عن دَينٍ، كما يُؤخَذُ مِن كلام الشَّيخيْنِ في بابِ الرِّبا، وإن نقَلَا هنا عنِ الرُّويَانِيِّ وأقرَّاه خلافَه.

ولو أسْلَمَ إليه ما في ذمَّتِه، أو صالَحَ عن رأسِ المالِ لم يصِحَّ، وكذا لو أُحيلَ برأسِ المالِ أو عليه، نعَمْ إن قبَضَه المُسلِمُ مِن المُحالِ عليه أو مِن المُسلَمِ إليه بعدَ قبْضِه بإذْنِه وسلَّمَه إليه في المَجلسِ في الأُولى، أو أمَرَ المُسلَمُ إليه المُسلِمَ بالتَّسليمِ إلى المُحتالِ ففعَلَ في المَجلسِ في الثَّانيةِ صحَّ، والحَوالَةُ فاسدةٌ بكلِّ تقديرٍ، ولو كان رأسُ المالِ منفعةً فقبَضَها بقبْضِ العينِ، وإن كان المُعتبرُ هنا القَبضُ الحَقيقيُّ؛ لأنَّه المُمكِنُ في قبضِها.

(وَ) **الثَّامِـنُ**: (**أَنْ يَكُونَ العَقْدُ نَاجِزًا**) أي: (**لَا يَدْخُلُهُ خِيَارُ الشَّـرْطِ**) بخلافِ خيـارِ المَجلسِ، فإن شُـرِطَ فيه خيـارٌ لم يصِحَّ، ولا بدَّ مِن حُلـولِ رأسِ المالِ كما صرَّحَ به القاضي أبو الطَّيبِ، ولا يُغني عنه شـرْطُ تسليمِه في المَجلسِ كما لا يخْفَى.



(فَصْلٌ)
فِي الرَّهْنِ

وهو لغةً: الثُّبوتُ، وشرعًا: جعْلُ عينٍ ماليَّةٍ وثيقةً بدَينٍ ليُستوفَى منها عندَ تعذُّرِ وفائِهِ، ويُطلَقُ بمَعْنى العَينِ المَذكورةِ.

(وَكُلُّ مَا) أي: شيءٍ مِن الأعيانِ **(جَازَ بَيْعُهُ جَازَ رَهْنُهُ)** وكلُّ ما لا يجوزُ بيْعُه لا يجوزُ رهْنُه؛ لأنَّ المَقصودَ البيعُ لاستيفاءِ الدَّينِ، وما لا يجوزُ بيعُه يتعذَّرُ فيه ذلكَ، فيجوزُ رهنُ المُرتَدِّ والمُحاربِ والجاني المُتعلِّقِ برقبتِه قِصاصٌ، أو بذمَّتِه[1] لا رقبتِه مالٌ.

ولا يجوزُ رهْنُ أمِّ الوَلدِ والمكاتَبِ والمَوقوفِ والمَرهونِ والمَبيعِ قبلَ قبْضِه، وقد يجوزُ البيعُ دونَ الرَّهنِ؛ كالمُدبَّرِ، وإن كان الدَّينُ حالًّا، والمُعلَّقِ عتْقُه بصفةٍ لم يُعلَمْ حلولُ الدَّينِ قبْلَها، ولم يُشترَطْ بيْعُه قبلَ وجودِ الصِّفةِ، وما يسرعُ فسادُه إذا لم يُمكِنْ تجفيفُه، وكان الدَّينُ مؤجَّلًا لا يحتملُ حلولُه قبلَ فسادِه، ولم يشرطْ بيعَه عندَ خوفِ فسادِه، وجَعلَ ثمنِه رهنًا.

وقد يجوزُ الرَّهنُ دونَ البيعِ؛ كرَهنِ مُصحفٍ، ورقيقٍ مُسلمٍ مِن كافرٍ، وسلاحٍ مِن حربيٍّ، لكن لا تُوضَعُ هذه الأشياءُ عندَ المُرتهنِ بل عندَ عَدْلٍ، وكرَهنِ الأمِّ دونَ ولدِها الذي لا يُميِّزُ، ورهنِ ولدِها دونها، لكنْ لا يُباعُ المَرهونُ وحدَه عندَ الحاجةِ؛ حذرًا مِن التَّفريقِ[2] بل يُباعانِ معًا، ويقومُ المَرهونُ منها[3] وحدَه مع ملاحظةِ كونِه حاضنًا أو محضونًا، ثُمَّ يقومُ مع الآخرِ، فالزَّائدُ قيمةُ الآخرِ،

---

(١) في (ج): «بذمة».

(٢) في (ع): «التعريف».

(٣) في (ج): «منهما».

ويُوزعُ الثَّمنُ عليهما بتلك النِّسبةِ، فما خَصَّ المَرهونَ تعلَّقَ به حقُّ المُرتهنِ؛ وكرَهنِ المُستعارِ لرَهنِه مع امتناعِ بيعِ المُستعارِ ولو لبيعِه كما هو معلومٌ.

فالمُرادُ بجوازِ الرَّهنِ وعدمِ جوازِه في الضَّابطِ الجوازُ وعدمُه في الجملةِ، أو بالنَّظرِ لذاتِ العَينِ مع قطْعِ النَّظرِ عنِ العوارضِ المختلفِ مدركُها بحسبِ البابيْنِ.

ولا يجوزُ رهنُ غيرِ الأعيانِ كالمَنافعِ وإن كان الدَّين حالًّا؛ لأنَّها قد تتلَفُ كلُّها أو بعضُها فلا يحصُلُ بها توثُّقٌ، وكالدُّيونِ وإن صحَّحْنا بيْعَها لعدمِ القُدرةِ على تسليمِها.

والكلامُ في الابتداءِ فلا يُنافِي صحَّةَ رهْنِها في الأثناءِ على وجْهِ التَّبعيَّة كما لو جَنَى المَرهونُ ففَدَاه المُرتهنُ بإذنِ الرَّاهنِ ليكونَ رهنًا بالدَّينِ والفِداءِ، أو أنفَقَ المُرتهنُ عليه بشرْطِه ليكونَ رَهنًا بالدَّينِ والنَّفقةِ، وكما لو جَنَى على المَرهونِ، فإنَّ بدلَه في ذمَّةِ الجاني محكومٌ عليه بأنَّه رهنٌ؛ لامتناعِ الإبراءِ منه، فتأمَّل.

وإنَّما يجوزُ رهْنُ ما جازَ بيعُه كما تقرَّرَ **(فِي الدُّيُونِ)** أي: عليها، فلا يجوزُ رهْنُه بالأعيانِ ولا بمنافِعِها ولو مضمونَةً كالمَغصوبةِ والمَبيعةِ والمُعارةِ؛ لأنَّها لا تُستوفَى مِن ثمَنِ المَرهونِ، وذلكَ مخالفٌ لغَرضِ الرَّهنِ عندَ البيعِ، ودخَلَ في الدُّيونِ المَنافعُ، فيصِحُّ الرَّهنُ بها.

وإنَّما يجوزُ في الدُّيونِ **(إِذَا اسْتَقَرَّ ثُبُوتُهَا)** أي: وجودُها **(فِي الذِّمَّةِ)** بأن تكونَ لازمَةً ولو مالًا؛ كالقرْضِ بعدَ قبْضِه[1]، والثَّمنِ بعدَ لزومِ البيعِ أو قبْلَه، والأُجرةِ قبلَ الانتفاعِ في إجارةِ العَينِ، والصَّداقِ قبلَ الدُّخولِ، والمَنفعةِ في إجارةِ الذِّمَّةِ،

---

(١) في (ج): «قبض».

والزَّكاةِ بعدَ تلَفِ المالِ بعدَ الحَولِ والتَّمكُّنِ، فلا يجوزُ الرَّهنُ على غيرِ الثَّابتِ كدَينِ القَرضِ قبلَ عقْـدِه، ولا على غيرِ اللَّازمِ كنُجومِ الكتابةِ، وجعْلِ الجِعالةِ قبلَ الفَراغِ مِن العَملِ.

وقـد يُؤخَـذُ مِن ذلكَ عدمُ جوازِ الرَّهـنِ على دَينِ القَرضِ بعـدَ العَقدِ وقبلَ القبْـضِ؛ لعدمِ ملْكِـه بعدُ، وتوقُّفِ مِلْكِـه على أمرٍ آخَرَ، وهـو القَبضُ، فكيفَ يكونُ ثابتًا لازمًا ولو مالًا، ويُؤيِّدُه عدمُ جوازِ الرَّهنِ بالثَّمنِ في زمنِ خيارِ البائعِ فقَـطْ لعدمِ ملْكِه، ولا يُنافِي ذلكَ الجَواز في مسـألةِ المَزج لاعتقادهم[1] ثبوتَ الدَّيـنِ فيها كما صرَّحُوا به، وكأنَّ المُصنِّفَ إنَّما زادَ لفْظَ الثُّبوتِ؛ نظرًا لِما قاله الإِسْنَوِيُّ[2] وغيرُه مِن أنَّه لا يغْنِي عنِ الثَّابتِ اللَّازمُ؛ لأنَّ الثُّبوتَ معناه الوجودُ في الحـالِ، واللُّزومُ وعدَمُه صفَةٌ للدَّينِ في نفْسِـه لا يتوقَّـفُ صدْقُه على وجودِ الدَّيـنِ، كما يُقالُ: دَينُ القَرضِ لازمٌ، ودَينُ الكتابـةِ غيرُ لازمٍ، فلوِ اقتصَرَ على الدَّينِ اللَّازمِ لورَدَ عليه ما سيقرِضُه ونحوُه ممَّا لـم يثْبُتْ[3]. انتهى.

لكن لقائلٍ أنْ يقولَ: ما ذكَرَه مسلَّمٌ بحسبِ المَفهومِ دونَ الأفرادِ التي الكلامُ فيهـا؛ إذْ لا معنى للدَّيـنِ إلَّا ما ترتَّبَ في الذِّمَّةِ، ولا للُزومِه إلَّا وجوبُ الخُروجِ عن عُهدتِه بشَرطِه، فلا يصْدُقُ الدَّينُ ولا اللَّازمُ على غيرِ المَوجودِ، فليُتأمَّلْ.

ويُشـتَرطُ أيضًا أن تكـونَ الدُّيونُ معلومةً لهما قدْرًا وصفَـةً، فلو جَهِلَاها أو أحدُهما لم يصِحَّ، ذكَرَه المُتولِّي وغيرُه، ونصُّ «الأمِّ»[4] يشهَدُ له.

(وَلِلرَّاهِنِ) المالكِ، وكذا الوكيلُ بالإذنِ، والوَليُّ بالمَصلحةِ كما هو معلومٌ **(الرُّجُـوعُ فِيهِ)** أي: في الرَّهنِ بفَسْـخِه، أو في المَرهونِ بفسْـخِ عقدِ الرَّهنِ، ولو

---

(١) في (ع): «لاغتفارهم».

(٢) «المهمات» (٥/ ٣٢٩).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٥١).

(٤) «الأم» (٤/ ٣٢٠).

بما يتضمَّنُ الفَسـخَ؛ كتصرُّفٍ يزيلُ المِلكَ مِن نحـوِ بيعٍ وإعتاقٍ وإصداقٍ وهِبةٍ ورَهـنٍ مقبوضيْنِ، وكإحبالٍ وكتابةٍ وتدبيرٍ وهِبةٍ ورَهنٍ غيرِ مقبوضيْنِ، كما نقَلَه السُّـبكيُّ وغيرُه عـنِ النَّصِّ والأصحابِ واعتمـدُوه، ولا يُنافِيه تقييدُ الشَّـيخيْنِ بالمَقبوضيْـنِ؛ لأنَّ غرضَهما تمثيلُ ما يزيلُ المِلْـكَ حقيقةً أو حكمًا، ولا يكونُ بغيرِ المَقبوضِ أو مُجرَّدِ التَّصويرِ دونَ الاحترازِ.

وقضيَّـةُ ذلـكَ جواز رَهنـه مِن المُرتهـنِ قبلَ القَبـضِ بدَينٍ آخَرَ، فيلـزَمُ الثَّاني بالقَبـضِ، ويبطُـلُ الأوَّلُ وهو ظاهـرٌ؛ إذْ لا فرْقَ بينَ المُرتهـنِ وغيرِه في ذلكَ، لا بنحْـوِ الوَطءِ والتَّزويجِ وإباقِ المَرهونِ وإجارتِـه، وإن حلَّ الدَّينُ قبلَ انقضائِها، ومـوتِ العاقديْنِ وجُنونِهما وإغمائِهما، فيقومُ في المَوتِ ورثَةُ الرَّاهنِ والمُرتهنِ مقامَهما في الإقباضِ والقَبضِ، وفي غيرِه مَن ينظُرُ في أمرِ المَجنونِ والمُغْمى عليه.

وقضيَّةُ ذلكَ أنَّ الوارثَ يقومُ مقامَ الرَّاهنِ في الإقباضِ، وإن كان على التَّركةِ دَينٌ حقٌّ فيُقدَّمُ المُرتهنُ على بقيَّةِ الغُرماءِ.

ووَجْهُهُ أنَّه وُجدَ سـببُ التَّخصيصِ قبلَ سببِ تعلُّقِ الدَّينِ بالتَّركةِ، والوارثُ خليفـةُ المُـورِّثِ، ويُوافِقُه ما لو حجرَ بفَلسٍ قبلَ القَبـضِ، فإنَّه لا يكونُ رُجوعًا مـع تعلُّقِ حقوقِ الغُرماءِ بمالِه، لكن خالَفَ البُلْقِينيُّ فقال: إذا كان هناكَ دَينٌ لم يُقدَّمِ المُرتهنُ به وإن أقبَضَه الوارثُ؛ لتَعلُّقِ حقِّ الغُرماءِ بجميعِ التَّركةِ بالمَوتِ، وليس للوارثِ التَّخصيصُ، وفي إقباضِه تخصيصٌ. انتهى.

وإنَّمـا يجوزُ الرُّجـوعُ فيه **(مَا)** دامَ **(لَمْ يُقْبِضْهُ)** بضـمِّ أوَّلِه أي: الرَّهنَ بمعنى المَرهونِ، للمُرتهنِ بتسـليمِه له عن جهَةِ الرَّهنِ، فـإنْ أطلَقَ فوجهانِ: **أحدُهما:** نعَمْ كدفع المَبيع. **والثَّاني:** لا، بل هو وَديعةٌ؛ لأنَّ تسـليمَ المَبيعِ واجبٌ بخلافِ المَرهونِ.

أو تسليمِ المُرتهنِ له مع إذنِه له في قبْضِه عن جهَةِ الرَّهنِ، فإن أطلَقَ لم يبعُدْ جَريانُ الوَجهيْنِ المَذكوريْنِ، وسواءٌ في كلٍّ مِن التَّسليمِ والتَّسلُّمِ أكانَ بنفسِه أم نائبِه، لكن يمتنعُ على المُرتهنِ إنابةُ مَن له الإقباضُ، ورقيقُه غيرُ مكاتبِه ومُبعَّضِه في نَوبتِه؛ لِما فيه مِن اتِّحادِ القابضِ والمُقبضِ.

ويُؤخَذُ منه جوازُ إنابةِ مَن ليس له الإقباضُ وإن كان هو العاقدُ؛ كوكيلٍ في مُجرَّدِ العَقدِ، ووليٍّ بطَلَتْ ولايتُه قبلَ القبضِ.

ولو وكَّلَ مَن له الإقباضُ لتوكل[1] في القَبضِ فينبَغِي جوازُه إن قال له: «وكِّلْ عنِّي» أو أطلقَ، ولو رهَنَ ما بيدِ غيرِه أمانةً أو مضمونًا، فالقبضُ بمُضِيِّ زمنٍ يُمكِنُ فيه قبْضُه مع إذنِه فيه.

ولا يبْرَأُ المُرتهنُ مِن ضمانِه بارتهانِه؛ لأنَّ الرَّهنَ وإن كان عقْدَ أمانةٍ إلَّا أنَّ الغَرضَ منه التَّوثُّقُ، وهو لا يُنافِي الضَّمانَ، ولا بإبرائِهِ مِن ضمانِه وهو في يدِه؛ لأنَّ العَينَ لا يبْرَأُ عنها، إذِ الإبراءُ إسقاطُ ما في الذِّمَّةِ أو تمليكُه، ولا بإبرائِهِ عنْ ضمانِ ما يثبتُ في الذِّمَّةِ بعدَ تلَفِه؛ لأنَّه إبراءٌ عمَّا لم يثبُتْ بخلافِ إيداعِه يبْرَأُ به؛ لأنَّه يُنافِي الضَّمانَ، فإنَّه لو تعدَّى في الوديعَةِ لم يبْقَ أمينًا، نعَمْ لو أذِنَ له الرَّاهنُ بعدَ قبْضِه في إمساكِهِ ومضَتْ مدَّةُ الإمكانِ فنَقَل الرُّويانِيُّ في «حلْيَتِه» عن بعضِ الأصحابِ أنَّه يَصيرُ رهنًا ويزولُ الضَّمانُ.

قال: وهو الاختيارُ، كما لو أبرَأَه مِن ضَمانِ الغَصْبِ ثُمَّ رهَنَه أو استَردَّه بعدَ رهْنِه ثُمَّ أقبَضَه. انتهى.

ولا يخْفَى ما فيه مع أنَّ ما ذكَرَه في الإبراءِ يُنافِي ما سبَقَ آنفًا، أمَّا إذا أقبَضَه كما تقرَّرَ فيمتنِعُ رجوعُه فيه بما ذكَرَ.

---

(١) في (ج): «ليوكل».

ويحرُمُ رهنُه ووطؤُهُ وإنْ أمِنَ[١] الحَبَلَ، وكلُّ تصرُّفٍ يُزِيلُ المِلْكَ؛ كالوقْفِ، والإعتـاقِ، أو يُنقِصُـه؛ كالتَّزويجِ، والإجارةِ إن كان الدَّينُ حـالًّا، أو يحلُّ قبلَ انقضاءِ مدَّتِها، بخلافِ ما إذا كان يحِلُّ بعدَ انقضائِها أو معَه.

ولا تنفُذُ هذه التَّصرُّفاتُ إلَّا إعتاقُ المُوسِـرِ وإحبالُه، فينفُذانِ ويغرَمُ القيمةَ وقـتَ الإعتاقِ والإحبـالِ، وتكونُ رَهنًا مكانَه، وهل يُحكَمُ قبـلَ الغُرمِ بكونِها مرهونةً في الذِّمَّةِ؟ تناقَضَ فيه وفي الأرشِ في ذمَّةِ الجاني إذا كان هو الرَّاهنُ كلامُ شيخِ مشايخِنا[٢]، والحكْمُ بذلك غيرُ بعيدٍ، بخلافِ المُعسرِ.

نعَـمْ إن انفَكَّ الرَّهنُ بغيـرِ بيعٍ نفَذَ الإيلادُ دونَ الإعتـاقِ، وإن انفَكَّ ببيعٍ لم ينفُـذِ الإيلادُ إلَّا إن ملَـكَ الأمَةَ بعدُ، فإن ملَكَ بعْضَها نفَذَ الإيلادُ فيه، وسـرَى النُّفـوذُ إلى الباقي إن كان مُوسـرًا حينئذٍ فيما يظهَرُ، فإن أيسَـرَ بعدَ الملْكِ ففيه نظرٌ، ويظهَرُ النُّفوذُ للحكْمِ بثبوتِ الإيلادِ في حقِّه بمُجرَّدِ الإحبالِ، وإنما تخلَّفَ للمانعِ وقد زالَ.

والمُرادُ بالمُوسـرِ المُوسـرُ بقيمةِ المَرهونِ، فإن أيسَرَ ببعْضِها نفَذَ فيما أيسَرَ بقيمتِه، نعَمْ ذكَرَ البُلْقِينِيُّ فيما لو كان الدَّينُ حالًّا وكان أقلَّ مِن القيمةِ أنَّه ينبَغِي أن يُكتفى بيَسارِه بالدَّينِ؛ لأنَّه حقُّ المُرتهنِ، فينبَغِي أن يُؤخَذَ ويُوفَّى حالًّا. قال: فعَليه المُعتبَرُ عندي أنْ يكونَ الرَّاهنُ مُوسـرًا بأقـلِّ الأمريْنِ مِن قيمةِ المَرهونِ ومِن الدَّينِ. انتهى[٣].

وقضيَّتُه تقييدُه بالحالِ.

---

(١) في (ج): «أمكن».

(٢) «الغرر البهية» (٣/ ٨٨).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٥٩).

وقولُـه: «فينبَغِـي أن يُؤخـذَ ويُوفَّى حالًّا» اعتبـارُ القيمـةِ في المُؤجَّلِ مُطلقًا والفـرْقُ لائـحٌ، وإذا نفذْنـا إعتاقَ المُوسـرِ كان إقدامُه عليه جائـزًا كما اقتَضاهُ كلامُ الرَّافعيِّ[1] وغيرِه، وكذا كلامُ الشَّـافعيِّ كما قاله البُلْقِينِيُّ وغيرُه، وإن نُقِلَ عنِ الإمامِ خلافُه.

وهـل يجْـرِي ذلكَ في الإحبالِ فيجـوزُ وطْءُ المُوسـرِ بقصْـدِه أو يُفرَّقُ بأنَّ الوَطءَ لا يستلزِمُ الإحبالَ؟ فيه نظرٌ، وقد يُوجَّهُ الأوَّلُ بانتفاءِ الضَّررِ بكلِّ تقديرٍ، والـكلامُ كلُّـه حيثُ لم يأذَنِ المُرتهـنُ أو يقَعُ التَّصرُّفُ معَه، فـإنْ أذِنَ لم يمتنِعْ شـيءٌ مِن التَّصرُّفاتِ فيحِلُّ الوَطءُ، فإن لـم يحبِلْ فالرَّهنُ بحالِه، وإن أحبَلَ أو أعتَقَ أو باعَ نفَذَتْ وبطَلَ الرَّهنُ.

وله الرُّجوعُ عنِ الإذنِ في الهِبةِ أو الرَّهنِ قبلَ القَبضِ، وليس له الرُّجوعُ عن إذنِه في البيعِ بعدَه ولو في مدَّةِ الخِيارِ، وإنْ وقَعَ التَّصرُّفُ معَه بالبيعِ أو غيرِه جازَ كما صرَّحَ به الإمامُ وغيرُه؛ لأنَّه في معنى الإذْنِ، نعَمْ إذا ابتدَأَ الرَّاهنُ بالإيجابِ ففـي الصِّحَّةِ تـردُّدٌ حكَاهُ الإمامُ عن شـيخِه؛ لأنَّه لـم يكُـنْ إذ ذاكَ مأذونًا فيه، وحكى في «البسيطِ» فيه وجهيْنِ، ونَظَّرَه[2] بمسألةٍ صحَّحُوا فيها الجَوازَ.

قال شيخُ مشايخِنا: وكان البيعُ والرَّهنُ فسخًا للرَّهنِ.

قال: وما ذكَرُوه مِن امتناعِ الرَّهنِ منه بدَينٍ آخَرَ صورتُه أن يُرهَنَ به المَرهونُ مـع بقـاءِ رهنيتِه بـالأوَّلِ، فهو كما لـو أذِنَ في رهنيتِـه من غيره مع بقـاء رَهنيتِه بدَينِه[3]. انتهى.

---

(١) «الشرح الكبير» (٤/ ٢٨٩).

(٢) في (ص): «ونظروه».

(٣) «الغرر البهية» (٣/ ٨٥).

وقولُـه: «مع بقاءِ رَهنيتِه بالأوَّلِ» أي: بأنْ يُصرِّحَ بذلكَ، بخلافِ ما إذا صرَّحَ بالفَسْـخِ أو أطلَـقَ، بدليلِ قولِه: «وكان البيعُ والرَّهنُ فسـخًا للرَّهنِ» لكنْ قضيَّةُ قولِهم: «لو شهِدَ شاهدانِ أنَّه رهَنَ بألفٍ ثُمَّ بألفيْنِ لم تُسمعْ حتَّى يقولَا وفسَخَا. انتهى» أنَّه لا بدَّ مِن صحَّةِ الرَّهنِ الثَّاني مِن التَّصريحِ بفَسْخِ الأوَّلِ؛ فليُتأمَّلْ.

(و) المَرهـونُ مِـن حيثُ أنَّـه مَرهونٌ أمانةٌ بيـدِ المُرتهنِ؛ لخبَـرِ: «**الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ**»[1]، أي: مِن ضَمانِه، ومِن ثَمَّ (**لا يَضْمَنُهُ المُرْتَهِنُ**) لا قبلَ البَراءةِ مِن الدَّينِ ولا بعدَها (**إلَّا بِالتَّعَدِّي**) فيه، أو الامتناعِ مِن ردِّه بعد البَراءةِ مِن الدَّينِ.

ولا يسـقُطُ بتلَفِه شـيءٌ مِن دَينِـه، ولوِ اسـتعارَه المُرتهـنُ كان مضمونًا عليه كسـائرِ العَواري، ولو قبَضَ شـيئًا بسَـومِ الرَّهنِ فلا ضَمانَ، أو ارتهنَه أن يضمنَه فسَدَ الرَّهنُ ولا ضَمانَ؛ إذْ فاسدُ كلِّ عقدٍ كصَحيحِه في الضَّمانِ وعَدمِه.

وفيما ذكَرَه إشـارةٌ إلى أنَّ اليدَ علـى المَرهونِ للمُرتهنِ، وهو كذلكَ، نعَمْ قد يمتنِـعُ كونُها له كأن شـرطَا وضعَه عند ثالثٍ، أو كان رقيقًا مُسـلمًا، أو مُصحفًا والمُرتهنُ كافرٌ، أو سـلاحًا والمُرتهنُ حَربيٌّ فيُوضعُ عندَ عدلٍ، أو جاريةٌ تُشتهَى والمُرتهنُ ممسوحٌ، أو امرأةٌ غيرُ ثقةٍ، أو ذكرٌ أجنبيٌّ فحلٌ وليس عندَه حَليلةٌ، أو امرأتـانِ يُؤمَنُ معَهما عليها، والقياسُ الاكتفاءُ بالواحدةِ فتُوضَعُ عندَ مَحرمٍ لها، أو نحـوُ امـرأةٍ ثقَةٍ أو ذكَرٍ أجنبـيٍّ عَدْلٍ عندَه مَن ذُكـر، والخُنثى كالأمَةِ، لكن لا يُوضَعُ عندَ امرأةٍ أجنبيَّةٍ.

وحيـثُ كانَـتِ اليدُ للمُرتهنِ فـلا تُزالُ إلَّا لانتفـاعِ الرَّاهنِ إذا لم يتـأَتَّ بغيرِ اسـتردادٍ مع الإشهادِ على الاستردادِ للانتفاعِ إنِ اتَّهمَه؛ كأنْ يكونَ دارًا يسكُنها،

---

(١) رواه الشـافعي مرسلاً عن ابن المسيب (ص١٤٨) بنحوه. ورواه وابن حبان (٥٩٣٤)، والدارقطني (٢٩٢٠)، والحاكم (٢٣١٧) عنه، عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وقال الدارقطني: إسناد حسن متصل.

أو دابَّـةً يركَبُهـا، أو عبدًا يخدُمُه، ويـردُّ الدَّابَّةَ والعَبدَ إلى المُرتهنِ ليلًا، وشـرْطُ استردادِهِ الأمَةَ أمْنُ غِشيانِها، لكوْنِه مَحرمًا لها أو ثقةً وله أهْلٌ، بخلافِ ما يتأتَّى بغيرِ استردادٍ؛ كأنْ يكونَ عبدًا يخِيطُ وأرادَ منه الخِياطَةَ.

(**وَإِذَا قَضَـى**) الرَّاهنُ (**بَعْضَ الحَقِّ**) أو برِئَ منه بإبراءٍ أو إرْثٍ أو اعتياضٍ أو غيرِ ذلكَ، (**لَمْ يَخْرُجْ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ**) أي: المَرهونِ عنِ الرَّهنيةِ (**حَتَّى يَقْضِيَ**[1] **جَمِيعَه**) أو يبْرأَ منه بإبراءٍ أو إرْثٍ أو اعتياضٍ أو غيرِ ذلكَ بالإجماعِ كما قاله ابنُ المُنـذرِ[2]، ولأنَّه وثيقةٌ للكلِّ ولجُزئِه كالشَّـهادةِ، فلو تلِـفَ العِوضُ أو تفرَّقَا في الرِّبويَّيْنِ قبلَ القَبضِ أو تقايَلَا عادَ الرَّهنُ.

نعَـمْ لو تعـدَّدَ العَقدُ؛ كأن رهَنَ نصْفَ عبدٍ في صفقَةٍ وباقِيه في أُخرى، ثُمَّ برِئَ مِـن حصَّةِ أحدِ العَقديْنِ، أو مسـتحقُّ الدَّيـنِ؛ كأنْ رهَنَ عبدًا مِـن اثنيْنِ بدَيْنِهما عليه صفقَةً واحدَةً، وإنِ اتَّحدَتْ جهَةُ دَينِهما كما في «أصل الرَّوضَةِ»[3]، ثُمَّ برِئَ مِن دَينِ أحدِهما، أو المَديونُ؛ كأنْ رهَنَ اثنانِ مِن واحدٍ بدَينِه عليهما، وإنِ اتَّحدَ وكيلُهما ثُمَّ برِئَ أحدُهما انفَكَّ مِن الرَّهنِ بقدْرِ حصَّةِ البَراءةِ.

واستشـكَلَه شـيخُ مشـايخِنا[4] في الثَّانيةِ: بأنَّ ما أخَذَه أحدُهمـا مِن الدَّينِ لا يختَصُّ به، بل هو مُشترَكٌ بينَهما، فكيفَ تنفَكُّ حصَّتُه مِن الرَّهنِ بأخْذِه.

ثُـمَّ أجـابَ: بأنَّ ما هنا مَحلُّـه إذا لم يتَّحِدْ جهـةُ دَينِهما، أو إذا كانَـتِ البَراءةُ بالإبراءِ لا بالأخْذِ.

وأجابَ غيرُه بأنَّ ما يخُصُّه ممَّا قبَضَه ينفَكُّ بقَدْرِه فقَطْ مِن حصَّتِه المَرهونَةِ، فإنْ كانَتِ البَراءةُ بالإبراءِ انفَكَّ جميعُ حصَّتِه ولا إشكالَ.

---

(١) في (ع): «يقتضي». وفي (ن): «يقبض».

(٢) «الإقناع» (١/ ٢٦٩).

(٣) «الشرح الكبير» (٤/ ٥٢٢).

(٤) «أسنى المطالب» (٢/ ١٧٦).

ثُـمَّ اعتُـرِضَ الشِّـقُّ الأوَّلُ مِـن جوابِ الشَّـيخِ بأنَّـه يُنافِيه ما مرَّ عـن «أَصْلِ الرَّوضَةِ»[(١)].

ونقـولُ: يرِدُ على جوابِـه أنَّ كلًّا منهمـا في حصَّتِه كالغَريمِ الواحدِ بالنِّسـبةِ لجُملَةِ الرَّهنِ، فكما لا ينفَكُّ هناكَ شيءٌ مِن الرَّهنِ بالبَراءةِ مِن البَعضِ[(٢)]، فكذا هنا، بل هو بالنِّسـبةِ لحِصَّةِ غريمٍ واحدٍ والحِصَّةُ هي جُملةُ الرَّهنِ بالنِّسبةِ إليه، وقد تقرَّرَ أنَّه لا ينفكُّ شـيءٌ مِن الرَّهنِ بالبَراءةِ مِن البَعضِ، ولعَمْري إنَّ هذا في غايةِ الوضوحِ.

وعلى اعتراضِه: أنَّا لا نُسلِّمُ المُنافاةَ؛ لجوازِ أنَّ المُشارَ إليه بقولِ الشَّيخِ: «ما هنـا» صورةُ ما إذا أخَذَ أحدُهما مِن الدَّينِ قدرَ حِصَّتِه المَذكورِ في قوله يُشـكِلُ بأنَّ ما أخذَه أحدُهما مِن الدَّينِ لا أصْلُ المسـألةِ، وكأنَّه قال: هذه الصُّورةُ التي أشكَلَتْ محلُّها إذا لم تتَّحِدْ جهةُ الدَّينِ.

ومـا تقدَّمَ عن «أَصْـلِ الرَّوضَةِ»[(٣)] ليـس نصًّا في انفكاكِ البَعـضِ عندَ اتِّحادِ الدَّينِ بالبَراءةِ عن دَينِ أحدِهما بسـائرِ طُرقِ البَراءةِ؛ لجَوازِ أن يُخصَّ بالنِّسـبةِ لذلكَ بغيرِ الأخذِ؛ فليُتأمَّلْ.

ولوِ اسـتعارَ عبدًا أو عبدَيْنِ استوَتْ قيمَتُهما مِن مالكيْنِ ليرهَنَه أو ليرهَنَهما ففعَـلَ، ثُمَّ قَضَى النِّصفَ مِـن الدَّينِ وقصَدَ فكاكَ نصْفِ العَبدِ أو أحدِ العَبديْنِ، أو أطلَقَ ثُمَّ جعَلَه عن ذلكَ انفكَّ الرَّهنُ عنه نظرًا إلى تعدُّدِ المالكِ، بخلافِ ما إذا قصَدَ الشُّيوعَ أو أطلَقَ ثُمَّ جعَلَه عنهما أو لم يعرِفْ حالَه.

(١) «الشرح الكبير» (٤/ ٥٢٢).
(٢) في (ج)، (ن): «القبض».
(٣) «الشرح الكبير» (٤/ ٥٢٢).

وقيَّدَ الزَّرْكَشِيُّ المَسألةَ بأن يأذَنَ كلٌّ منهما في رهْنِ نصيبِه بنصْفِ الدَّينِ فيرهَنُ المُستعيرُ الجَميعَ بجَميعِ الدَّينِ[1].

فلو قالا: «أعرناكَ العَبدَ لتَرهنَه بدَينِكَ» فلا ينفكُّ نصيبُ أحدِهما بِما ذُكرَ؛ لأنَّ كلًّا منهما رَضي برَهنِ الجَميعِ بجَميعِ الدَّينِ.

قال شيخُ مشايخِنا: وما قاله موافقٌ لقولِ المُتولِّي وغيرِه لو رهَنَ اثنانِ عبدَهما بدَينٍ لرجلٍ على آخرَ لا تنفَكُّ حصَّةُ أحدِهما بدفْعِ شيءٍ مِن الدَّينِ؛ لأنَّ نصيبَ كلٍّ منهما رَهْنٌ بجميعِ الدَّينِ، لكنِ الفَرقُ بينَ رَهنِ المالكِ ورَهنِ المُستعيرِ لائحٌ، وصحَّةُ رهنِ الجميعِ بجميعِ الدَّينِ على خلافِ إذْنِ المالكِ ممَّنوعةٌ[2]. انتهى.

وقال شيخُنا الرَّمْلِيُّ: المُعتمَدُ في المَسألتيْنِ خلافُ ما قاله الزَّرْكَشِيُّ والمُتولِّي.



(١) «أسنى المطالب» (٢/ ١٧٦).

(٢) «أسنى المطالب» (٢/ ١٧٦).

(فَصْلٌ)
في الحَجْرِ

بفتحِ الحاءِ، وهو نوعانِ:

(١) حجْرٌ شُرِعَ لغَيرِه،

(٢) وحجْرٌ شُرِعَ لمَصلحةِ نفْسِه.

وقدْ أشارَ المُصنِّفُ إلى النَّوعيْنِ في قولِه: (**وَالحَجْرُ**) وهو لغةً: المنْعُ، وشرعًا: المنْعُ مِن التَّصرُّفاتِ الماليَّةِ (**عَلَى سِتَّةٍ**):

(١) على (**الصَّبِيِّ**) الشَّاملِ للصَّبيَّةِ، حتَّى يبلُغَ رشيدًا، أو يحصُلَ البلوغُ

* باستكمالِ خمسَ عشْرَةَ سنَةً قمريَّةً تحديديَّةً مِن تمامِ الانقضاءِ،

* أو خُروجُ المَنيِّ، أو الحَيضِ بعدَ استكمالِ تسعِ سنينَ قمريَّةٍ؛ أي: مِن تمامِ الانفصالِ، تقريبيَّة في الحَيضِ، وكذا في المَنيِّ على الظَّاهرِ عندَ شيخِ مشايخِنا[1] مِن تردُّدٍ للإِسْنَوِيِّ[2].

* أو بنباتِ شعْرٍ يحتاجُ في إزالتِه إلى حلْقٍ بعدَ استكمالِ تسعِ سنين على عانَةِ الكافرِ، ومَن جُهِلَ إسلامُه دونَ مَن عُلِمَ إسلامُه، لكنَّه ليس بلوغًا حقيقةً بل دليلٌ على البلوغِ؛ أي: بالسِّنِّ أو الاحتلامِ على المُتَّجِهِ كما قاله الإِسْنَوِيُّ[3]، ولهذا لو لم يحتلِمْ وشهِدَ عدلانِ بأنَّ عُمرَه دونَ خمسَةَ عشْرَ سنةً لم يُحكَمْ ببلوغِه بالإنباتِ، كما قاله المَاوَرْدِيُّ[4].

ويجوزُ النَّظرُ إلى العانَةِ للشَّهادةِ بها عندَ الحاجَةِ إلى معرفةِ البلوغِ بها؛ للضَّرورةِ.

---

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ٢٠٦).

(٢) «المهمات» (٥/ ٤٣٢).

(٣) «المهمات» (٥/ ٤٣٢).

(٤) «أسنى المطالب» (٢/ ٢٠٦).

وأمَّا الحَبَلُ والولادةُ فليس واحدٌ منهما بلوغًا، وإنَّما البلوغُ بالإنزالِ، والولادةُ المَسبوقةُ بالحَبَلِ دليلٌ عليه، ولهذا يُحكَمُ بالبلوغِ قبْلَها بستَّةِ أشهرٍ وشيءٍ، حتَّى لو أتَتِ المُطلَّقةُ بولَدٍ يلحَقُ الزَّوجَ حُكِمَ ببلوغِها قبيلَ الطَّلاقِ.

وفي هذا الكلامِ تصريحٌ بعَدمِ توقُّفِ البلوغِ على بُروزِ المَنيِّ خارجَ الفرْجِ، ولا عبرةَ بنَباتِ شعْرِ الإبْطِ واللِّحيةِ والشَّاربِ، وثِقَلِ الصَّوتِ، ونُهودِ الثَّديِ، ونُتوءِ طرفِ الحلقومِ، وانفراقِ الأرنبَةِ وغيرِها.

ولوِ ادَّعى البلوغَ بالمَنيِّ، أوِ ادَّعتْه بالحَيضِ صُدِّقَا بلا يمينٍ ولو في خُصومةٍ، نعَمْ إن كان مِن الغُزاةِ وطلَبَ سهْمَ المُقاتلةِ أو إثباتَ اسمِه في الدِّيوانِ[1] حلَفَ عندَ التُّهمةِ.

ولو سُبِيَ ولدُ الكافرِ فادَّعى أنَّه استعجلَ الإنباتَ بالدَّواءِ صُدِّقَ بيمينِه لدفْعِ القتلِ عنه، بخلافِ وَلدِ الذِّمِّيِّ إذا طُولِبَ بالجِزيةِ فادَّعَى ذلكَ لا يُصدَّقُ؛ وذلكَ للاحتياطِ بحفْظِ المالِ على المُسلمين في الحالَيْنِ.

والرُّشْدُ: صلاحُ الدِّينِ والمالِ، ويُعتبَرُ في الكافرِ دِينُه، فصلاحُ الدِّين بألَّا يفعَلَ مُحرَّمًا يُبطِلُ العَدالةَ، وصلاحُ المالِ بألَّا يُبذِّرَ فيه، وسيأتي التَّبذيرُ.

ولا بدَّ مِن اختيارِ رُشدِ الصَّبيِّ ليُعرَفَ، ففي الدِّينِ: بمشاهدَةِ حالِه في العباداتِ، بقيامِه بالواجباتِ واجتنابِه المَحظوراتِ والشُّبهاتِ، وفي المالِ يختلِفُ بالمَراتبِ، فيُختبَرُ ولَدُ التَّاجرِ بالبيعِ والشِّراءِ والمُماكسَةِ فيهما، وولَدُ الزُّراعِ بالمُزارعةِ والنَّفقةِ على القُوَّامِ بها، والمَرأةُ بما يتعلَّقُ بالغَزلِ والقُطنِ وصَوْنِ الأطعمةِ عنِ الهرَّةِ ونحْوِها بحسبِ العادةِ، ويُعتبَرُ تكرُّرُ الاختبارِ مرَّةً فأكثَرَ بحيثُ يحصُلُ الظَّنُّ برُشدِه.

---

(١) في (ع): «الديون».

ووقْتُه: قبلَ البلوغِ، فلا يصِحُّ عقْدُه بل يُمتحنُ في المُماكسـةِ، فإذا أرادَ العَقْدَ عقَـدَ الوَلـيُّ، وللوَليِّ أن يدفَعَ إليه المالَ ليُماكِسَ به، فإن تلِفَ في يدِه فلا ضَمانَ على الوَليِّ.

ولا منافاةَ بينَ ما لوَّحَ به كلامُ المُصنِّفِ مِن زوالِ حَجْرِ الصَّبيِّ ببلوغِه مُطلقًا وبيـنَ ما تقـدَّمَ مِن التَّقييدِ ببلوغِه رشـيدًا؛ لأنَّ الأوَّلَ بالنَّظرِ لحَجْرِ الصَّبيِّ فقَطْ، والثَّاني بالنَّظرِ للحَجْرِ مُطلقًا، والأوَّلُ أَوْلى كما قاله الشَّـيخانِ؛ لأنَّ الصِّبا سببٌ مسـتقِلٌّ، فبالبلـوغِ يزولُ الحَجْرُ المُتعلِّـقُ به ويخلفُه حَجْرُ السَّـفهِ إن كان، وإذا بلَغَ رشـيدًا انفَكَّ حجْرُه بنفْسِ البلوغِ والرُّشدِ، وأُعطِيَ مالَه بلا توقُّفٍ على فكِّ القاضي، نعَمْ إن أنكرَ وليُّه دعْواهُ أنَّه بلَغَ رشيدًا لم ينفَكَّ الحَجْرُ عنه.

ولا يحلِـفُ الوَلـيُّ كالقاضـي والوَصِـيُّ والقيِّمُ بجامـعِ أنَّ كلًّا أميـنٌ ادُّعيَ انعزالُه، ولأنَّ الرُّشدَ يُوقَفُ عليه بالاختبارِ فلا يثبُتُ بقولِه، وإنْ واخذناه بإقرارِه بـه في رفْعِ ولايتِه قـال الأَذْرَعِيُّ(١): ولأنَّ الأصْلَ يعضِّـدُ قولَه، بل الظَّاهرُ أيضًا؛ لأنَّ الغالِبَ في قريبَي العَهدِ بالبلوغِ عدمُ الرُّشدِ، فالقولُ قولُه في دوامِ الحجْرِ إلَّا أن تقومَ بيِّنةٌ بالرُّشدِ.

وقضيَّـةُ ذلكَ فيمـا لو كان الصَّبـيُّ غائبًا وعَلِـمَ الوليُّ بلوغَه دونَ رُشـدِه أنَّ للوليِّ التَّصرُّفَ في مالِه استصحابًا للأصْلِ، لكن أفْتَى السُّبكيُّ وتبعَه الإِسْنَوِيُّ(٢) وغيرُه بخلافِه؛ أخذًا مِن فسـادِ الإجارةِ في الزَّائدِ فيما لو أجَّر الوَليُّ الصَّبيَّ زمنًا يزيدُ على بلوغِه بالسِّـنِّ فإنَّه يدُلُّ على عدمِ الاكتفاءِ بالأصْلِ، واعتمدَ جمْعٌ مِن شـيوخِنا الأوَّلَ وتكلَّفُوا الفَرْقَ، ويُؤخَذُ ممَّا ذُكِرَ أنَّه لو أَقَرَّ الوَليُّ برشْـدِه انعزَلَ ولا يثبُتُ رشْدُه.

---

(١) «قوت المحتاج» (٢/ ٥٧٢-٥٧٣).

(٢) «المهمات» (٦/ ١٨١).

(٢) (وَ) علـى (المَجْنُونِ) بمُجرَّدِ جُنونِه إلى أن يُفِيقَ فينفَكُّ بمُجرَّدِ الإفاقةِ، وألحَقَ القاضي بالمَجنونِ النَّائمَ والأخرسَ الذي لا يفهَمُ.

قـال الأَذْرَعِـيُّ: وفيه نظـرٌ؛ إذْ لا يتخيَّلُ أحدٌ أنَّ النَّائمَ يتصـرَّفُ عليه[1] وليُّه، وأمَّا الأخرسُ المذكورُ فإنَّه لا يعقلُ، وإنِ احتيجَ إلى إقامةِ أحَدٍ مقامَه فينبَغِي أنْ يكونَ هو الحاكمُ[2]. انتهى.

وظاهرٌ أنَّ مرادَ القاضي إلحاقُهما به في مُجرَّدِ الحَجْرِ عليهما، لا في التَّصرُّفِ عليهمـا أيضًا؛ لوضوحِ أنَّ أحدًا لا يتصرَّفُ على النَّائمِ، وأمَّا الأخرسُ المذكورُ فقد تردَّدَ الإِسْـنَوِيُّ فيمـن يكونُ وليُّه، وبحَثَ الشَّـمسُ الجَوْجَـرِيُّ أنَّ موضعَ التَّردُّدِ فيمَنْ عرَضَ له هذا الخرَسُ بعدَ الصِّبا؛ إذْ لا يرتفِعُ الحَجْرُ عنه إلَّا ببلوغِه رَشيدًا، وهنا ليس كذلكَ. انتهى.

وبحَـثَ غيْـرُه في موضعِ التَّـردُّدِ أنَّ وَليَّه وَلـيُّ المَجنونِ، وقد يُقـالُ: إن كان لفْـظُ يُفهَـمُ من كلامِ القاضي -مضارعُ فهِمَ- لم يتَّجِهْ إلَّا أنْ يكونَ وَليُّه هو وليُّ المَجنـونِ قبلَ البلـوغِ وبعدَه؛ لأنَّه مجنـونٌ أو في مَعنـاهُ، وإنْ كان مضارعُ أفهَمَ بالألفِ بأن كان لا إشـارةَ له مفهمةٌ مُطلقًا مع وجـودِ عقْلِه وإدراكِه، فهذا عاقلٌ قطعًا لكنَّه لا يتأتَّى منه التَّصرُّفُ؛ لعَدمِ شـرْطِه مِن العبارةِ وما يقومُ مقامَها، وهو الذي ينبَغِي أنْ يكونَ محلَّ التَّردُّدِ، ولا يبعُدُ أن يُجعَلَ وليُّهُ وليَّ المجنونِ مُطلقًا إلحاقًا له به، فإنَّه غيرُه قطعًا، فليُتأمَّلْ.

ولـو كان للمَجنـونِ أَدْنـى تمييـزٍ كان كالصَّبـيِّ المُميِّـزِ في الحَجْـرِ عليـه في التَّصرُّفاتِ الماليَّةِ، كما نقلَه الشَّـيخانِ عنِ «التَّتمَّةِ» وأقرَّاه، ولا إشكالَ فيه، بناءً على أنَّ المُرادَ تمييزٌ لا يحصُلُ به تمامُ الفَهمِ والتَّصرُّفِ.

---

(١) في (ك): «عنه».

(٢) «قوت المحتاج» (٢/ ٥٥٨).

(٣) (وَ) على (السَّفِيهِ) أي: (المُبَذِّرِ) وهو المُضيِّعُ (لِمَالِهِ) أي: لجنْسِه، بنحوِ رمْيِـه عبثًـا في نحو بَحرٍ، أو إنفاقِه في مُحرَّمٍ ولو صغيرةً، أو احتمالِ غبْنٍ فاحشٍ في المُعاملـةِ، أي: جهلًا كما قاله بعضُهم، وهو ظاهرٌ؛ ليخرُجَ به: ما لِو ارتكَبَه لنحوِ قصْـدِ المُحابـاةِ والإرفاقِ بـه؛ إذ لا تبذيرَ فيـه، وهو ما لا يحتمَـلُ غالبًا، بخلافِ اليسيرِ؛ كبيعِ ما يساوي عشرةً بتسعةٍ، وبخلافِ صَرْفِه في وجوهِ الخيرِ كالصَّدقاتِ وفَـكِّ الرِّقـابِ وبنـاءِ المَسـاجدِ والمَـدارسِ، فليس بتَبذيـرٍ، وكـذا في المَطاعمِ والمَلابسِ التي لا تليقُ بحالِه، والإكثارِ مِن شراءِ الجَواري والاستمتاعِ بهنَّ.

وقضيَّتُـه أنَّ ذلـكَ ليـس بحَرامٍ، وهـو كذلـكَ، إلَّا إنْ صرَفَه في ذلـكَ بطريقِ الاقتراضِ له، وليس معَه ولا له ما يرْجُو الوفاءَ به.

ولا يتوقَّفُ حَجْر السَّفهِ على حَجْرِ الحاكمِ إن بلَغَ سَفيهًا، فإن طرأ السَّفه بعد البلوغِ رشـدًا توقف عليه، وإذا صار رشـيدًا ارتفع الحَجرُ مِـن غيرِ توقُّفٍ على الحاكمِ في الأوَّلِ دونَ الثَّاني.

ولم يذكُرِ الفاسقَ؛ إذْ لا حَجْرَ عليه، نعَمْ إن بلَغَ فاسقًا بقِيَ مَحجورًا كما عُلِمَ ممَّا سبَقَ، ومَنْ حُجِرَ عليه لسَفَهٍ طرَأَ فوليُّه الحاكمُ، أو مقارنٍ للبلوغِ أوِ الجنونِ وإنْ طـرَأَ فوليُّه وليُّـه في الصِّغرِ، وهو الأبُ ثُمَّ الجَدُّ، ثُـمَّ وصِيُّ الأبِ ثم وصِيُّ الجَدِّ، ثُمَّ الحاكمُ بنفْسِه أو أمينُه.

(٤) (وَ) علـى (المُفْلِسِ) أي: (الَّذِي ارْتَكَبَتْهُ[١] الدُّيُونُ) والمُرادُ بها الجِنسُ؛ أي: ديـونُ الآدميِّـنَ اللَّازمةُ الحالَّةُ، بـأنْ زادَتْ على مالِه العَينـيِّ المُتمكِّنِ مِن الأداءِ منـه، أو الدَّيني إن كان حـالًّا على مَليءٍ مُقرٍّ به أو عليه بيِّنةٌ، وإن كان مالُه مرهونًا، خلافًا لابنِ الرِّفْعَةِ[٢].

---

(١) في (ج): «ارتكبه».

(٢) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (٩/ ٤٧٠).

وقولُـه: «لا فائـدةَ في الحَجْرِ» مردودٌ بأنَّ لـه فوائدَ؛ كمنْعِ التَّصـرُّفِ فيه بإذنِ المُرتهـنِ والتَّصـرُّفِ فيما يحـدُثُ، ومنه يؤخَذُ أنَّـه يُحجَرُ على الـوارثِ إذا زادَ دَينُـه علـى نصيبِه مِن التَّركـةِ، وإن كانت مرهونةً شـرعًا بدَينِ المُـورِّثِ، وذلكَ بـأن يحجُرَ عليه الحاكمُ بطَلَبِه؛ أي: أو طلَـبِ وليِّه إن كان ذا وليٍّ فيما يظهَرُ، أو طلَـبِ الغُرمـاءِ أو أوليائهم، أو طلَبِ بعضِهـم إن كان دَينُه قدْرًا يحجرُ به وإن لم يختَصَّ أثرُ الحَجْرِ به، أو بغيرِ طلبٍ إن كان الدَّينُ لمَسجدٍ أو جهةٍ عامَّةٍ كالفقراءِ كما قاله الأَذْرَعِيُّ وغيرُه، أو لغَيرِ رَشـيدٍ مِن صَبِيٍّ أو مجنونٍ، أو مَحجورٍ بسَـفَهٍ وجوبًا، وإن لم يتعذَّرِ البيعُ حالًا.

وقولُ السُّـبكيِّ «أنَّه حينئذٍ ضَررٌ بلا فائدةٍ» مردودٌ بأنَّ له فوائدَ كما تقدَّمَ، نعم هـو جائـز فقط في الأولى كمـا قال الأَذْرَعِيُّ أنَّـه الظَّاهرُ، وتبِعهُ غيـرُه، قال: نعَمْ يظهَرُ القولُ بوجوبِ إجابتِه حيثُ يتوجَّهُ على الحاكمِ الحَجْرُ نظرًا للمَحْجُورين ومَنْ ألحَقْناه بِهِم[1]. انتهى.

وكذا في الأخيرةِ إذا كان هناكَ وليٌّ ولم يطلُبْ، كما جزَمَ به النَّاشـريُّ وغيرُه، وظاهرُ ما تقرَّرَ الوجوبُ في المَسـجدِ، وإن كان لـه ناظِرٌ لم يطلبْ، وكان الفرْقُ حينئـذٍ بينَـه وبينَ غيرِ الرَّشـيدِ إذا كان له وليٌّ ولم يطلبْ: أنَّ الحقَّ في المَسـجدِ بحسـبِ المَعنى للجهةِ، وصـورةُ الحَجْرِ بطلَبِ المُفلسِ كما قاله السُّـبكيُّ: أن يثبُتَ الدَّينُ بدَعْوى الغُرماءِ والبيِّنةِ والإقرارِ، أو[2] علِمَ القاضي فيطلبُ المَديونُ الحَجْرَ دونَ الغُرماءِ وإن لم يكْفِ طلبه.

قـال: ولـو لم يـدَّعِ الغُرماءُ فمُقتضـى كلامِ ابـنِ الرِّفْعَةِ تخريـجُ الحَجْرِ على الحُكمِ بالعلْمِ[3]. انتهى.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٨٣).

(٢) في (ج): «و».

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٨٤).

قـال ابنُ الرِّفْعَةِ[١]: وهل يكْفِي في لفْظِ الحَجْرِ منـعُ التَّصرُّفِ أو يعتبرُ أن يقولَ: «حجَرْتُ بالفلَسِ»؛ إذ منْعُ التَّصرُّفِ مِن أحكامِ الحَجْرِ فلا يقع به الحَجرُ؟ وجهان.

ولا يخفـى أنَّ الأَوجهَ الأَوَّلُ، وأنَّ الذي مِن أحكامِ الحَجْرِ ليس هو المَنعُ مِن التَّصرُّفِ بل هو امتناعُ التَّصرُّفِ، على أنَّا لا نُسلِّمُ امتناعَ وقوعِ الحَجْرِ بما هو مِن أحكامِـه، لا يُقـالُ فيه دورٌ لتأخُّرِ حكْمِه عنه؛ لأنَّا نقـولُ: إنَّما يلزَمُ الدَّورُ لو أُريدَ بوقوعِـه به جعْلَه تابعًا له في الثُّبوتِ، وليس كذلـكَ، وإنَّما المُرادُ الوقوعُ باعتبارِ الدَّلالـةِ بأنَّه جعَلَه كنايةً عنه، ولا يُتوهَّمُ حينئـذٍ دورٌ، وإلَّا لزِمَ في كلِّ كنايةٍ، وهو باطِلٌ قطعًا.

وخرَجَ بدُيونِ الآدميِّين: ديـونُ اللهِ تعالى، فلا حَجْرَ بها، كما أطلَقَه الرَّافعيُّ[٢] في الأيمـانِ، واعتمدَه الإِسْـنَوِيُّ[٣]، لكن حمَلَه جمْعٌ على مـا إذا لم تكُنْ فوريَّةً، وإلَّا حُجِرَ بها، وكذا دُيونُ الآدميِّينَ إذا كانت جائزةً كنُجومِ الكتابةِ، أو مؤجَّلةً أو ناقصةً عن مالِه أو مسـاويةً له، نعَمْ المُمتنعُ مِن الأداءِ يُحجَرُ عليه بطلَبِ خصْمِه وإن زادَ مالُـه لكنَّه ليس بحَجْرِ فَلَسٍ، ومالُـه إذا كان منافعَ ولا يتمكَّنْ مِن الأداءِ منـه كمغصـوبٍ وغائبٍ، أو دَينًا مؤجَّلًا أو على مُعسـرٍ أو مُنكرٍ لا بيِّنةَ عليه، فلا يعتبَـرُ زيادةُ الدَّيـنِ عليه، بل يكْفِي زيادتُها على ما عـدَاهُ، وإن تعلَّقَ حقُّ الغُرماءِ بـه حتَّى بالمُؤجَّلِ قبـلَ حلولِه، وإنْ قال الإِسْـنَوِيُّ: الظَّاهرُ عـدَمُ التَّعلُّقِ فيمتنِعُ التَّصرُّفُ فيه حتَّى بالإبراءِ منه في صورِ الدَّينِ.

ودخَلَ في قولِ المُصنِّفِ: «الدُّيونُ» المنافعُ، وهو متَّجِهٌ، فيُحجَرُ لأجْلِها، وديونُ الغائبين، لكنِ المعروفُ أنَّه لا حَجْرَ بها؛ لأنَّ القاضيَ لا يستوْفِي مالهَم في الذِّممِ.

---

(١) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (٩/ ٤٨٥).
(٢) «الشرح الكبير» (١٢/ ٣٤٦).
(٣) «المهمات» (٥/ ٣٨٢).

قال الفارقيُّ: ومحلُّه إذا كان المَديونُ ثقَةً مليئًا، وإلَّا لزِمَ الحاكمَ قبضُه قطعًا، ذكَرَه في «المُهمَّاتِ»[(١)]، قال: وكلامُ الشَّافعيِّ في «الأمِّ»[(٢)] يدُلُّ على أنَّ الدَّينَ إذا كان به رهنٌ يقبِضُه الحاكمُ؛ أي: إذا سأَلَه المَدينُ ذلكَ لغرضِ فِكاكِ الرَّهن كما هو واضِحٌ، بخلافِ ما إذا لم يسأل كما لو لم يكُنْ به رهنٌ بل أَوْلى.

والقياسُ حيثُ ساغَ للحاكمِ قبْضُه جوازُ الحَجْرِ به بل وجوبُه، وحيثُ حجَرَ على المُفلسِ باعَ الحاكمُ مالَه بثمَنِ مثْلِه حالًّا مِن نقْدِ بلَدِه[(٣)]، وقسَمَه بينَ غرمائِه، وينفِقُ عليه وعلى مَمونِه، ويكْسُوهم نفقَةَ المُعسرينَ وكسوَتَهم إلى أن يقسِمَ مالَه، فإذا استغْنَى بكسبٍ صرَفَه في ذلك، فإن لم يكْفِ تمَّمَ مِن مالِه ويُسلِمُ[(٤)] إليه النَّفقةَ يومًا بيومٍ.

نعَمْ الزَّوجةُ المُتجددَّةُ في زمَنِ الحَجْرِ لا ينفقُ عليها، وفارقَتِ الوَلدَ المُتجدِّدَ بأنَّه لا اختيارَ له فيه، والوَلدَ الذي أقرَّ بنسَبِه بوجوبِ الإقرارِ به، وفارَقَ إقرارَه بالوَلدِ إقرارُ السَّفيهِ به حيثُ ينفِقُ في الأوَّلِ على الوَلدِ مِن مالِه، وفي الثَّاني ينفِقُ عليه مِن بيتِ المالِ: بأنَّ إقرارَ السَّفيهِ بالمالِ وبما يَقتضِيه لا يُقبلُ، بخلافِ إقرارِ المُفلسِ.

وتوقَّفَ الزَّرْكَشِيُّ فيما لوِ اشترَى أمَةً في ذمَّتِه بعدَ الحَجْرِ وأولَدَها وقُلْنا بنفوذِ إيلادِه هل تكونُ نفقَتُها كنفقةِ الزَّوجةِ الحادثةِ؟

قال شيخُ مشايخِنا: والأوجَهُ كما اقتضاهُ كلامُهم، لا لقُدرةِ الزَّوجةِ الحادثةِ على الفسْخِ، بخلافِ أمِّ الولدِ[(٥)].

---

(١) «المهمات» (٥/ ٣٨٦).

(٢) «الأم» (٤/ ٣١٢).

(٣) في (ج): «البلدة».

(٤) في (ج): «وسلم».

(٥) «أسنى المطالب» (٢/ ١٩٢).

ولا يُنفِقُ على قريبِه إلَّا بعْدَ طلبِه، قياسًا على الوَليِّ حيثُ لا يُنفِقُ على قريبِ الصَّبيِّ إلَّا بعْدَ طلَبِه، وإن كان القَريبُ طِفلًا أو مجنونًا أو عاجزًا عنِ الإرسالِ كزَمِن فقياسُ ما ذكَرُوه في وليِّ الصَّبيِّ الإنفاقُ عليه بلا طلَبٍ.

ولا ينفَكُّ الحَجْرُ ولو بِرضا الغُرماءِ إلَّا بفكِّ القاضي، ولا بدَّ في بيعِ مالِه مِن ثبوتِ كونِه ملْكَه كما قاله ابنُ الرِّفْعَةِ[1] تبعًا للقاضي أبي الطَّيبِ والمَاوَرْدِيِّ، وأيَّدَه شيخُ مشايخِنا بأنَّ الشُّركاءَ لو طَلَبوا مِن الحاكمِ قسمَةَ شيءٍ بأيدِيهم لم يُجبْهم حتَّى يثبُتَ ملْكُهم، وقد حكى السُّبكيُّ فيه وجهيْنِ، ورجَّحَ الاكتفاءَ باليدِ.

قال: وهو قولُ العبَّاديِّ، قال الزَّرْكَشِيُّ والأَذْرَعِيُّ: وأفتى ابنُ الصَّلاحِ بما يُوافِقُه، والإجماعُ الفعليُّ عليه[2]. انتهى.

وعليه تُفارقُ هذه مسألةَ الشُّركاءِ المذكورةَ بتعلُّقِ الحقِّ هنا بالغيرِ، وقد يتأخَّرُ لعدمِ مساعدةِ البيِّنةِ.

(٥) (وَ) على (المَرِيضِ المَخُوفِ عَلَيْهِ) منَ المَرضِ بأنْ كان يخافُ منه المَوتُ، وإنَّما يُحجرُ عليه (فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ) فلا ينفُذُ تبرُّعُه فيه إلَّا إنْ أجازَه الورثَةُ كما سيأتي، بخلافِ الثُّلُثِ لا يتوقَّفُ نفوذُ تبرُّعِه فيه على إجازتِهم إلَّا إن كان المُتبَرَّعُ عليه وارثًا كما سيأتي، نعَمْ إن كان عليه دَينٌ مستغرقٌ حُجِرَ عليه في جميعِ تركتِه[3] كما قاله جمْعٌ لكنَّه بالنِّسبةِ للتبرُّعاتِ، وإلَّا فلو وفَّى بعضَ الغُرماءِ لم يُزاحمْه غيرُه، وإن لم يفِ مالُه بدَينِه كما قاله الشَّيخانِ[4].

---

(١) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (٩/ ٤٩٦).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٨٩).

(٣) في (ج): «التركة».

(٤) «الشرح الكبير» (٥/ ١٠)، و«روضة الطالبين» (٤/ ١٣١).

(٦) (وَ) علـى (العَبْدِ) المُكلَّفِ الرَّشـيدِ، ومثْلُه الأمَةُ (الَّذِي لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ) مِن قبلِ سَيِّدِه (فِي التِّجَارَةِ) فلا يصِحُّ تصرُّفُه الماليُّ بشراءٍ أو غيرِه، فإنْ أذِنَ له فيها جازَ تصرُّفُه بحسبِ الإذْنِ، فلا يتجاوَزُ ما نصَّ عليه السَّيِّدُ مِن نوعِ المالِ ووقْتٍ ومكانٍ، فإن لم ينُصَّ على شـيءٍ تصرَّفَ في كلِّ الأنواعِ والأزمنةِ والأمكنةِ، وله بالإذْنِ في التِّجارة لازِمُها؛ كنشْـرِ الثِّيابِ، وطيِّهـا، وحمْلِ المَتاعِ إلى الحانوتِ، والرَّدِّ بالعَيبِ، لا التَّصرُّفِ في رقبتِه ببيعٍ أو غيرِه، ولا في منفعته بإجارةٍ أو غيرِها، ولا فيمـا اكتسَـبَه بنحوِ احتِطابٍ واصطيـادٍ، وقَبولِ هِبةٍ بالتِّجـارةِ فيه أو غيرِها، ولا نـكاحَ ولا اقـتراضَ علـى الأوْجـهِ مِن تردُّدٍ فيـه للقاضـي، ولا تصدُّقَ ولا تصرُّفَ للغيرِ وكالةً، ولو بجُعْلٍ وغيرِ ذلكَ، ولو أذِنَ له في تصرُّفٍ معيَّنٍ فله فعْلُه دونَ غيرِه.

قال الإِسْـنَوِيُّ: نعَمْ هل يجْرِي في اشتراطِ قبولِه باللَّفظِ الخلافُ المذكورُ في الوكالـةِ؟ فيه نظرٌ. انتهى. أي: والصَّحيحُ هناكَ عدمُ الاشـتراطِ، بل لا يضُرُّ ردُّه ولا ينفذُ عزْلُه نفْسَه؛ لأنَّ ذلكَ استخدامٌ.

وهـل يبطُـلُ الإذنُ بنحْوِ جنـونِ أحدِهما أو إغمائِهِ؟ فيه نظـرٌ، ولعلَّ القياسَ البُطـلانُ؛ للخُـروجِ عنِ الأهليَّةِ، أمَّا غيـرُ التَّصرُّفِ الماليِّ فمِنـه ما لا يصِحُّ منه وإنْ أذِنَ سـيِّدُه كالولايـاتِ والشَّـهاداتِ، ومنه ما ينفذُ وإن لم يـأذَنْ كالعباداتِ والطَّلاقِ والخُلعِ.

وخرَجَ بالمُكلَّفِ الرَّشيدِ: غيرُه، فلا يصِحُّ تصرُّفُه الماليُّ وإن أذِنَ سيِّدُه، نعَمْ للسَّـفيهِ قبولُ نحوِ الهِبةِ والوَصيَّةِ وإن نهَاهُ سيِّدُه عنِ القَبولِ، ويدخُلُ المَوهوبُ والمُوصَى به في مِلْكِ السَّـيِّدِ قَهرًا ويُسلَّمُ المالُ له لا للرَّقيقِ، نعَمْ إن كان ما ذكرَ بعضًا للسَّيِّدِ تجِبُ عليه نفقتُه حالَ القَبولِ لنحوِ زَمانَةٍ أو صِغرٍ لم يصِحَّ القَبولُ،

كذا ذكَرَ ذلكَ شيخُ مشايخِنا كغيرِه، فيحتمِلُ أنَّ ما ذكَرَه في الوَصيَّةِ مبنيٌّ على غيرِ ما يأتي عنِ الشَّيخيْنِ في الحُرِّ السَّفيهِ، ويحتملُ أنْ يكونَ مبنيًّا عليه أيضًا ويُفرَّقُ، فليُتأمَّلْ.

(وَتَصَرُّفُ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ وَالسَّفِيهِ) بنحوِ بيعٍ، أو شراءٍ ولو في الذِّمَّةِ، أو هبةٍ، أو إيجارٍ، أو اقتراضٍ، أو إعتاقٍ ولو بإذْنِ أوليائِهم.

(غَيْرُ صَحِيحٍ) ولا ضَمانَ عليهم فيما قبَضُوه ببيعٍ أو نحوِه لا قبلَ كمالِهم ولا بعدَه، تلِفَ في أيديهم أو أتلَفُوه، علِمَ حالَهم مَن عامَلَهم أو جهِلَه.

ومعلومٌ أنَّه يجوزُ استردادُه ما دامَ باقيًا، هذا إذا أقبَضَهم المالكُ الرَّشيدُ أو قبَضُوه[1] بإذْنِه وتلِفَ قبلَ المُطالبةِ بردِّه والامتناعِ منه، فإن قبَضُوه بغيرِ إذْنِه أو أقبَضَهم غيرُ رشيدٍ مِن صَبِيٍّ أو مجنونٍ أو سَفيهٍ وتلِفَ مُطلقًا فيهما، أو أقبَضَهم رَشيدٌ وتلِفَ بعدَ المطالبةِ والامتناعِ مِن ردِّهم فعليه ضَمانُه.

وقضيَّةُ كلامِ الشَّيخينِ[2] في السَّفيهِ، وبه صرَّحَ الإمامُ والغزاليُّ: عدَمُ ضمانِه ظاهرًا وباطنًا، لكنِ الذي نصَ عليه في «الأمِّ»[3] في بابِ الإقرارِ أنَّه يضمَنُ بعدَ انفكاكِ الحَجْرِ عنه.

قال شيخُ مشايخِنا وغيرُه: وهو المُوافقُ لما مرَّ في البيعِ في نظيرِه مِن الصَّبيِّ[4]. انتهى.

وقد يُجابُ: بأنَّ الصَّحيحَ في الصَّبيِّ عدمُ الضَّمانِ أيضًا، نعَمْ إن بقِيَ ما قبَضُوه بأيدِيهم بعدَ الكمالِ ثُمَّ أتْلَفُوه فلا إشكالَ في ضمانِهم كما هو ظاهرٌ،

---

(١) في (ج): «قبضه».

(٢) «الشرح الكبير» (٥/ ٧٧)، و«روضة الطالبين» (٤/ ١٨٤).

(٣) «الأم» (٤/ ٤٩٢).

(٤) «أسنى المطالب» (٢/ ٢٠٩).

وإلَّا فهل له بعدَ الكمالِ حُكْمُ الأمانةِ الشَّـرعيَّةِ أو يضمَنُه مُطلقًا، أو إن فرَّطَ في حفْظِه أو لا ضمانَ مُطلقًا؟ لم أرَ فيه شيئًا.

وقـد يُوجَّـهُ الأوَّلُ بأنَّ اليدَ قبـلَ الكمالِ لمَّا كانت غيرَ ضامنـةٍ وكانَتْ بعدَه حكميَّةً أشبَهَ ما ألقَتْه الرِّيحُ في دارِه مثلًا.

وقـد يُوجَّهُ الثَّاني بأنَّ اليدَ إنَّما انْتَفى عنها الضَّمانُ قبلَ الكمالِ للنَّقصِ، وقد زالَ بالكمالِ فليُتأمَّلْ، وعلى مَن قبَضَ منهم شيئًا بما ذُكِرَ ضمانُه تلِفَ عندَه أو أتلَفَـه، بخلافِ ما لو أوْدَعَهم أحدٌ شـيئًا فيضمَنُوه بالإتـلافِ دونَ التَّلفِ، ولو أوْدَعُوه شـيئًا كان ضامنًا، ولا يبْرَأُ إلَّا بالرَّدِّ إلى الوَليِّ، وشمِلَ التَّصرُّفُ التَّدبيرَ والوَصيَّةَ، لكنَّهما صحيحانِ مِن السَّـفيهِ دونهما، والنـكاحُ وقبولُه صحيحٌ مِن السَّفيهِ فقَطْ بإذْنِ وليِّه.

وله التَّوكيلُ فيه لا في الإيجابِ، وقبْضُ دَينِه بإذْنِ وَليِّه، وعقْدُ الجِزيةِ بدينارٍ، والصُّلحُ عن قوَدٍ لزِمَه ولو بأكثرَ مِن الدِّيةِ، وقبولُ الهِبةِ دونَ الوَصيَّةِ كما اقتَضاهُ كلامُ الشَّـيخيْنِ، وجـزَمَ به في «الـرَّوضِ»[1]، خلافًا لِمـا جزَمَ به المَـاوَرْدِيُّ[2] والرُّويانِيُّ[3] والجُرْجَانِيُّ، وقال الإمامُ: إنَّه الذي عليه الأكثرُ، واختارَه السُّبْكُيُّ والإِسْنَوِيُّ مِن صحَّةِ قَبولِ الوَصيَّةِ[4].

وعلـى الأوَّلِ فالفرْقُ أنَّ قبولَ الهبةِ[5] فوريٌّ، وقد لا يجِدُ الوَليَّ حينئذٍ، فلو منَعْناه القبولَ فربَّما فاتَتْ عليه، ولا كذلكَ الوَصيَّةُ.

(١) «روض الطالب» (ص٤١٩).
(٢) «الحاوي الكبير» (٦/ ٤٦١).
(٣) «بحر المذهب» (٦/ ٩٣).
(٤) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٠٩).
(٥) في (ج): «الهدية».

وعلى الثَّاني قال المَاوَرْدِيُّ: لا يجوزُ تسليمُ المَوهوبِ والمُوصَى به إليه، فإن سلَّمَهما إليه ضمِنَ المُوصَى به دونَ المَوهوبِ؛ لأنَّه ملكه المُوصَى به بقبوله، بخلاف المَوهوب، وبحث في «المَطلبِ» جوازَ تسليمِ الموهوبِ إليه إذا كان ثَمَّ مَن ينتزعُه منه عقِبَ تسليمِه مِن وليٍّ أو حاكمٍ[1].

قال الإمامُ: ولوِ امتنَعَ الوَليُّ وعسُرَتْ مراجعتُه في المَطاعمِ ونحْوِها وانتَهَى إلى الضَّرورةِ، فالوَجهُ عندي القَطْعُ بجَوازِ تصرُّفِه بحسبِها[2]، وسيأتي بيانُ إقرارِ الثَّلاثةِ في فصْلِ الإقرارِ.

(**وَتَصَرُّفُ المُفْلِسِ**) المَحجورِ عليه الماليِّ المُبتدأِ المُفوِّتِ لمالِه في الحياةِ (**يَصِحُّ**) حالةَ كونِه مِن حيثُ موردُه (**فِي ذمَّتِهِ**[3]) وتقدَّمَ معناها أوَّلَ كتابِ البيعِ بأنْ يكونَ مورده ما في الذِّمَّة كما في البيعِ سَلمًا والشِّراءُ بثمنٍ في ذمَّتِه.

ويثبُتُ المَبيعُ والثَّمنُ في ذمَّتِه (**دُونَ أَعْيَانِ مَالِهِ**) حتَّى المُتجدِّدِ بعدَ الحَجْرِ باصطيادٍ واتِّهابٍ وقَبولِ وَصيَّةٍ ونحوِ ذلكَ، فلا يصِحُّ تصرُّفُه في أعيانِه ببيعٍ ولو لغُرمائِهِ بدُيونِهم، نعَمْ إنْ أذِنَ الحاكمُ في بيعِها لهم بدُيونِهم صحَّ، أو إعتاقٍ، أو كتابةٍ، أو هبةٍ، أو رهنٍ، أو غيرِ ذلكَ، نعَمْ يصِحُّ وينفُذُ استيلادُه على ما قاله القاضي والغَزَاليُّ، واعتمدَه ابنُ الرِّفْعَةِ في «المَطلَبِ»، والبُلْقِينِيُّ في «التَّصحيحِ» و«التَّدريبِ»[4] كالمَريضِ والسَّفيهِ.

وفارَقَ عدمَ نفوذِ إيلادِ الرَّاهنِ المُعسرِ: بأنَّ حَجْرَ الرَّهنِ أَقْوى، بدليلِ تقدمِ حقِّ المُرتهنِ على مُؤنِ التَّجهيزِ، والمُفلسُ يُقَدَّمُ بها على الغُرماءِ، لكن رجَّحَ السُّبكيُّ والأَذْرَعِيُّ عدمَ نفوذِهِ كالرَّاهنِ، واستَثْنى بعضُهم أيضًا تصرُّفَه في نحوِ ثيابِ بدَنِه.

---

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ٢٠٩).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٠٩).

(٣) في (ع): «الذمة».

(٤) «التدريب في الفقه الشافعي» (٢/ ٩٨).

قال الأَذْرَعِيُّ: ويجِبُ أن يُستَثْنى مِن منعِ الشِّراءِ بالعَينِ ما لو دفَعَ له الحاكمُ كلَّ يومٍ نفقَةً له أو لعِيالِه فاشْتَرى بها، فإنَّه يصِحُّ جَزمًا فيما يظهَرُ، وأشارَ إليه بعضُهم[1]. انتهى.

ودخَلَ في أعيانِ أموالِه نحوُ المَغصوبةِ والمَنافعِ والدُّيونِ بصفاتِها المقصودةِ حالَّةً أو مؤجَّلةً، ومنها أرْشُ جنايةٍ وجَبَ له حتَّى يمتنِعَ الإبراءُ منهما كما تقدَّمَ، ويمتنعُ المُسامحَةُ بصفةٍ مقصودةٍ في استيفائِها؛ لأنَّ المُرادَ بأعيانِ مالِه ما ليس في ذمَّتِه مِن أملاكِه.

فخرَجَ بالمَحجورِ عليه: غيرُ المَحجورِ عليه فيصِحُّ تصرُّفُه، وإن زادَ الدَّينُ على مالِه وامتنَعَ مِن أدائِه مع حلولِه والمُطالبةِ به على المنقولِ، خلافًا لمَنْ وهِمَ فيه.

وبالماليِّ: غيرُه؛ كنكاحٍ، وطلاقٍ، وقوَدٍ، وعفْوٍ عنه مجَّانًا.

وبالمُبتدأِ: ما لوِ اشْتَرى شيئًا قبلَ الحَجْرِ مُطلقًا، أو بعدَه في ذمَّتِه، فوجَدَه بعدَ الحَجْرِ مَعيبًا؛ فله ردُّه إن كان فيه غِبطةٌ، ولا يلزَمُه ذلكَ كما صرَّحَ به القاضي والدَّارميُّ.

واستُشكِلَ بأنَّ مَنِ اشْتَرى في صحَّتِه شيئًا ثُمَّ مرِضَ واطَّلعَ فيه على عَيبٍ، والغِبطةُ في ردِّه فلم يردَّ حُسِبَ ما نقَصَه العَيبُ مِن الثُّلُثِ، فدَلَّ على أنَّه تفويتٌ[2].

وقضيَّتُه لزومُ الرَّدِّ هنا، وفرْقٌ بأنَّ حَجْرَ المَرضِ أَقْوى، بدليلِ أنَّ إذْنَ الوَرثَةِ في تصرُّفِ المَريضِ قبلَ موتِه لا يُفيدُ شيئًا، وإذنُ الغُرماءِ فيما يفعلُه المُفلسُ يُفيدُه الصِّحَّةَ أي: على أيِّ وجْهٍ، أوِ المُرادُ أنَّ له دخلًا فيها؛ لأنَّه إذا انضَمَّ إليه إذْنُ الحاكمِ صحَّ، ولو أذِنَ الحاكمُ فقَطْ لم يصِحَّ، فإنْ مَنَعَ مِن الرَّدِّ حدوثُ

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٨٤ - ١٨٥).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٨٥).

عيبٍ عندَه لزِمَه الأرْشُ ولم يملِكْ إسقاطَه، ولو لم يكُنْ في الرَّدِّ غبطةٌ امتنَعَ، وكذا إن لم تكُنْ غبطةٌ لا في الرَّدِّ ولا في الإمساكِ على الأوْجهِ.

وله ولو بلا غبطةٍ كلٌّ مِن الفَسْخِ والخيارِ والإجازةِ.

وبالمُفوِّتِ: إجازتُه لِما فعَلَ مُورِّثُه ممَّا يحتاجُ إليها بناءً على الأصحِّ أنَّها تنفيذٌ كما نبَّهَ عليه البُلْقِينيُّ، وإعراضُه عن نصيبِه مِن الغَنيمةِ قبلَ القسمةِ واختيارُ التملُّكِ.

وبـ «في الحياةِ» نحوُ الوَصيَّةِ والتَّدبيرِ، فإن فضَلَ عنِ الدَّينِ ما ينفذانِ مِن ثُلُثِه بعدَ المَوتِ نفَذَا، وإلَّا فلا.

والمُتبادَرُ مِن التَّصرُّفِ ما لا يشمَلُ الإقرارَ، أمَّا الإقرارُ فإن كان بعَينٍ كوديعةٍ وعاريةٍ ومغصوبٍ، أو بدَينِ إتلافٍ، أو جنايةٍ مُطلقًا، أو بدَينٍ لزِمَه قبلَ الحَجْرِ ولو بمُعاملَةٍ، أو بغيرِ مالٍ كنَسَبٍ قبلَ إقرارِه في حقِّه وحقِّ الغُرماءِ؛ فيتسَلَّمُ المُقرُّ له العَينَ في صورتِها ويُزاحِمُ الغُرماءَ بدَيْنِه في صورةٍ، وينفِقُ على المُقرِّ بنسبِه في صورتِه كما ذكَرَه الإِسْنَويُّ، بخلافِ ما إذا كان بدَينٍ لزِمَه بعدَ الحَجْرِ بمُعاملةٍ، فلا يُقبلُ في حقِّ الغُرماءِ، فإن أطلَقَ الإقرارَ فلم يُسنِدْه إلى مُعاملةٍ أو غيرِها، أو أسندَه إلى مُعاملةٍ ولم يُسنِدْه إلى ما قبلَ الحَجْر ولا إلى ما بعدَه.

قال الرَّافعيُّ: فقياسُ المَذهبِ التَّنزيلُ على الأقلِّ وجعْلُه كما لو أسندَه إلى ما بعدَ الحَجْرِ[1].

قال في «الرَّوضَةِ»[2]: هذا ظاهرٌ إن تعذَّرَتْ مُراجعةُ المُقرِّ، فإنْ أمكَنَتْ فينبَغِي أن يُراجعَ؛ لأنَّه يُقبَلُ إقرارُه.

---

(١) «الشرح الكبير» (٥/ ١٠).

(٢) «روضة الطالبين» (٤/ ١٣٢).

(وَتَصَرُّفُ المَرِيضِ) المُتقدِّمِ وهو المَخوفُ عليه **(فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ)** ممَّا فيه تبرُّعٌ؛ كوَصيَّةٍ، ووَقْفٍ، وتصدُّقٍ، وهِبةٍ، ومُحاباةٍ في بيعٍ **(مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةِ الوَرَثَـةِ)** له، فإن أجازُوه نفَذَ، أو ردُّوه بطَـلَ، أو أجازُوا بعْضَه وردُّوا بعضَه، أو أجـازَ بعضُهم كلَّـه أو بعضَه ورَدَّ باقيهم كلَّه أو بعضَـه؛ فلكلٍّ حكْمُه، ولمَعرفةِ ذلكَ عمَلٌ يُطلَبُ مِن وصايا المَبسوطاتِ.

وقولُـه: **(مِنْ بَعْدَهِ)** أي: بعدَ موتِـه، قيدٌ في كلٍّ مِن الإجازةِ والوَرثَةِ، بل ومِن الثُّلُـثِ أيضًا، فالعِبرةُ في الثَّلاثةِ بما بعدَ المَـوتِ، حتَّى لو تصرَّفَ فيما زادَ على الثُّلُـثِ عنـدَ الوَصيَّـةِ دونَ وقْتِ المَوتِ؛ كأنِ اسـتفادَ قبلَ موتِه مـالًا يخرُجُ به تصرُّفُـه مِن الثُّلُثِ لم يتوقَّفْ على الإجـازةِ، أو تصرَّفَ في قدْرِ الثُّلُثِ فأقلَّ عندَ الوَصيَّةِ دونَ وقْتِ المَوتِ؛ كأنْ هلَكَ ما عدا ما تصرَّفَ فيه أو بعضِه توقَّفَ على الإجازةِ، ولو أجازَ الوَرثَةُ أو بعضُهم قبلَ المَوتِ وردُّوا بعدَه فالعِبرةُ بالرَّدِّ، ولوِ انعكَسَ الحالُ فالعِبرةُ بالإجازةِ، ولو أجازا وردَّ مَن هو وارثٌ قبلَ المَوتِ غيرَ وارثٍ بعـدَه كأخٍ حُجِـبَ بابـنٍ حادثٍ فلا عِـبرةَ بإجازتِـه أو ردِّه، ولوِ انعكسَ الحـالُ كأنْ كان الابنُ مَوجودًا ثُمَّ ماتَ قبلَ مـوتِ أبيه اعتُبِرَ، ولو كان الوارثُ غيـرَ مُطلـقِ التَّصرُّفِ لم تصِحَّ إجازتُـه ولا إجازةُ وليِّه ولا إجـازةُ الحاكمِ، بل يبطُلُ ذلكَ التبَرُّعُ كما أفتى به السُّـبكيُّ، لكن بحَثَ حمْلَه على ما إذا لم يُتوقَّعْ أهليَّتُه، وإلَّا وُقِفَ الأمْرُ إليها على ما سيأتي في بابِ الوَصيَّةِ.

ولـو لم يرِثْه إلَّا بيتُ المالِ بطَلَ في الزَّائدِ؛ لأنَّ الحقَّ للمُسـلمينَ فلا مُجيزَ، ومنـه يُعلَمُ أنَّ المرتدَّ[1] لو أوْصَى بجميـعِ مالِه وورثَتُه حَربيُّون بطَلَتْ فيما زادَ على الثُّلُثِ؛ إذْ لا يرِثُه الحَربيُّون، فمالُه فيءٌ، فالحقُّ فيه للمُسـلمينَ، أو لم يكُنِ

(١) في (ج)، (ش)، (ك)، وهامش (هـ) وفوقه نخ: «المؤمن».

الوارثُ حائزًا[١] بطلَتْ في قدْرِ ما يخصُّ غيرَه مِن الزَّائدِ.

هـذا كلُّه إذا كان المُتصرِّفُ لـه أجنبيًّا، فإن كان وارثًا توقَّفَ على إجازةِ بقيَّةِ الورثَـةِ حتَّـى في قدْرِ الثُّلُثِ فأقـلَّ، فإن أجازُوا قاسَـمَهم في الباقي، ولو أوْصَى لـكلٍّ مِن أجنبـيٍّ ووارثٍ بثُلُثِ مالِه أو نصفِه مثلًا ورَدَّ الورثَةُ الزَّائدَ على الثُّلُثِ مِـن غيرِ تقييدٍ للرَّدِّ بإحدى الوَصيَّتَيْنِ فللأجنبيِّ في الصُّورتَيْنِ ثُلُثٌ، ولا شـيءَ للـوارثِ بالوَصيَّـةِ، فإن رَدُّوا وصيَّةَ الـوارثِ فقَطْ فللأجنبـيِّ الثُّلُثُ في الأولى والنِّصفُ في الثَّانيةِ، أو وصيَّةَ الأَجنبيِّ فقَطْ فله الثُّلُثُ فيهما وللوارثِ الثُّلُثُ أو النِّصفُ، وإن أجازَ بعضُهم الوَصيَّتَيْنِ أو إحداهما نفَذَتْ إجازتُه في حقِّه فقَطْ.

(وَتَصَـرُّفُ العَبْـدِ) الماليُّ إذا لـم يُؤذَنْ له في التِّجـارةِ، ومثْلُه الأمَةُ باطلٌ كما تقـدَّمَ، وما لزِمَ بسـببِه؛ كبدلِ ما ابتاعَه، أو اقترَضَه وتلِفَ بعـدَ قبْضِه إيَّاه في يدِه بإتلافٍ أو دونِه **(يَكُونُ فِي ذِمَّتِهِ)** ولا يتعلَّقُ برقبتِه ولا بكسْبِه كبقيَّةِ أموالِ السَّيِّدِ **(يُتْبَعُ بِهِ بَعْدَ عِتْقِهِ)** لا قبلَه؛ لأنَّه لا يملِكُ شـيئًا[٢]، وإن تلِفَ في يدِ السَّـيِّدِ أو يدِ أجنبيٍّ بعدَ قبْضِه هو ضمَّنَ المالكُ مَن شـاءَ مِن العَبدِ وسيِّدِه بل ومِن الأجنبيِّ في صورتِـه، لكـن إنَّما يُطالَبُ العَبدُ بعدَ عتقِه، فلو بقِيَ نحوُ المَبيعِ بيدِه أو يدِ[٣] سيِّدِه استَردَّه مالكهُ.

قال الإِسْنَوِيُّ في «شرحِ المنهاجِ»: واعلمْ أنَّ السِّينَ في اللُّغةِ للطَّلبِ، فقولُه: «ويسـتَردُّه» معناه أنَّ له طلبَ ردِّه، وحينئذٍ فيُؤخذُ منه أنَّ مؤنةَ الرَّدِّ تجِبُ على مَـن في يـدِه العَيـنُ؛ لأنَّ كلَّ مَـن وجَبَ عليه الـرَّدُّ كانَـتِ المُؤنةُ عليـه، ويُؤيِّدُ الإيجـابَ هنا أنَّ الضَّمـانَ ثابتٌ عليه فكذلـكَ المُؤنةُ ومـا دلَّ عليه كلامُه مِن

---

(١) في (ج): «جائزًا».

(٢) ليست في (ع).

(٣) في (ج): «بيد».

الإيجابِ واضِحٌ إنْ كان في يدِ السَّيِّدِ، فإن كان في يدِ العَبدِ ففيه نظرٌ؛ لأنَّه لا يُمكِنُ أخْذُها الآنَ مِن رقبتِه ولا أكسابِه. انتهى.

ولو لم يدخُلْ في يدِ السَّيِّدِ فلا ضَمانَ عليه وإن رآهُ معَه فأهمَلَه حتَّى تلِفَ؛ لأنَّه وجَبَ برِضا مُستحقِّه ولم يأذَنْ هو فيه، وبهذا يُفارِقُ ذلكَ ما لوِ اطَّلَع سيِّدُه على لُقطَةٍ في يدِه، أو أهمَلَه وأعرَضَ عنه فأتْلَفَها، أو تلِفَتْ عندَه، أو استحفَظَه إيَّاها وهو غيرُ أمينٍ؛ فإنَّه يتعلَّقُ الضَّمانُ بالعَبدِ أي: برقبتِه، كما أفصَحَ به البُلْقِينِيُّ، ويُصرِّحُ به ما يأتي آنفًا وبسائرِ أموالِ السَّيِّدِ كما لو رآهُ يتْلِفُ مالًا لغيرِه ولم يمنَعْه حتَّى لو هلَكَ العَبدُ لا يسقُطُ الضَّمانُ.

ولو أفلَسَ السَّيِّدُ قُدِّمَ مالكُ اللُّقطةِ في العَبدِ على سائرِ الغُرماءِ، بخلافِ ما لوِ استحفَظَه إيَّاها ليُعرِّفَها وهو أمينٌ؛ إذ يدُه كيدِه، فهو كما لوِ التقَطَها ابتداءً واستعانَ به في تعريفِها، بخلافِ العَبدِ المأذونِ له في التِّجارةِ، فتصرُّفُه صحيحٌ كما تقدَّمَ، وما لزِمَ بسببِه يتعلَّقُ بما حصَلَ قبلَ الحَجْرِ عليه مِن مالِ التِّجارةِ أصلًا وربحًا، وأكسابِه ولو نادرةً كاحتطابٍ واصطيادٍ وقبولِ هبةٍ ووصيَّةٍ لا برقبتِه، ولا أرْشِ الجنايةِ عليه، ولا مهرِ المأذونةِ وأولادِها ولا باقي أموالِ السَّيِّدِ ولا ذمَّته، وإن أعتَقَه أو باعَه أو قتَلَه ولا شيءَ معَه، ولا كسبِ المَأذونِ بعدَ الحَجْرِ، فإن فضَلَ مِن الدَّينِ شيءٌ تعلَّقَ بذمَّتِه يُطالبُ به بعدَ العِتقِ، ولا يُنافِي ما ذُكِرَ مِن أنَّ ذلكَ لا يتعلَّقُ بذمَّةِ السَّيِّدِ أنَّه يطالبُ به؛ لِما سيأتي آنفًا.

ولو تصرَّفَ السَّيِّدُ فيما بيدِه وعليه دَينٌ بغيرِ إذنِه أو إذْنِ الغُرماءِ لم يصِحَّ، ولزِمَه بدَلُه إن لم يزِدْ على قَدْرِ الدَّينِ، وإلَّا فقَدْرُه، أو بإذنِه وإذنِهم صحَّ، وتعلَّقُوا بذمَّةِ العبدِ، فإن لم يكُنْ عليه دَينٌ فللسَّيِّدِ التَّصرُّفُ فيما في يدِهِ وإن لم يقدِّمِ الحَجْرَ عليه.

ولو خرَجَ ما باعَه المأذونُ مُستحَقًّا وقد تلِفَ العِوضُ في يدِه أو غيرِها طُولِبَ ببدَلِـه، وإن عتَقَ؛ لأنَّه المُباشـرُ للعقْدِ، وكذا السَّـيِّدُ في الأصـحِّ، وإن كان في يد العَبدِ وفاءٌ؛ لأنَّ العَقْدَ له.

قال شـيخُ مَشـايخِنا: ولا يُنافِيه ما سيأتي مِن أنَّه لا يتعلَّقُ بذمَّتِه؛ إذ لا يلزَمُ مِن المُطالبةِ بشـيءٍ ثبوتُه في الذِّمَّةِ بدليلِ مُطالبةِ القَريبِ بنفقَةِ قريبِه، والمُوسرِ بنفقَةِ المُضطـرِّ واللَّقيطِ إذا لم يكُنْ له مالٌ، والمُرادُ أنَّه يُطالَبُ ليُؤدِّي ممَّا في يدِ العَبدِ لا مِـن غيرِه ولو ممَّا كسَـبَه العَبدُ بعـدَ الحَجْرِ عليه، وصارَ كالـوارثِ في التَّركةِ يُطالـبُ بالوفاءِ بقدْرِها فقَطْ، ذكَرَه البُلْقِينِيُّ وغيرُه، وفائدةُ مطالبتِه إذا لم يكُنْ في يدِ العَبدِ مالٌ احتمالُ أنَّه يؤدِّيَه؛ لأنَّ له به عُلقةً في الجُملةِ وإن لم يلزَمْ ذمَّته، فإن أدَّاه برِئَتْ ذمَّةُ العَبدِ، وإلَّا فلا[1]. انتهى.

وما صرَّحَ به مِن عدمِ لزومِه ذمَّةَ السَّـيِّدِ واضحٌ إن لم يكُنْ ذلكَ المَبيعُ دخَلَ في يـدِ السَّـيِّدِ، وإلَّا فهو غاصِبٌ وإن جهِلَ الحـالَ، كما تقرَّرَ في محلِّه، فكيفَ لا يلزَمُ ذمَّتَه ويجوزُ له ترْكُ الأداءِ إذا لم يكُنْ في يدِ العبدِ وفاءٌ، فليُتأمَّلْ.

وكالسَّيِّدِ فيما ذكَرَ: المُوكِّلُ، وربُّ مالِ القِراضِ، فيُطالبانِ بذلكَ كما يُطالبُ به الوكيلُ والعاملُ ولو بعدَ عزْلِهما، سـواءٌ أدفـع ربُّ المالِ إليهما الثَّمنَ أم لا، فلـو غرِمَ العَبـدُ ذلكَ بعدَ العِتقِ لم يرجِعْ به على السَّـيِّدِ؛ لأنَّ ما غَرِمَه مسـتحَقٌّ بالتَّصـرُّفِ السَّـابقِ على عتْقِه، وتقدُّمُ السَّـببِ كتقـدُّمِ المُسـبِّبِ، فالمَغرومُ بعدَ العِتقِ كالمَغرومِ قبْلَه.

وقضيَّةُ ذلكَ أنَّ الوكيلَ والعاملَ لو غرِمَا لم يرجِعَا، لكنْ صرَّحُوا في بابِ الوكالةِ بـأنَّ القَرارَ على المُوكِّلِ، ويُفرَّقُ بأنَّ العُلقةَ في العَبدِ أَقْوى؛ لملْكِه[2] عيْنَه ومنافِعَه

---

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ١١٢).

(٢) في (ج): «لملك».

أصالةً، وأمَّا العاملُ فهو وكيلٌ قبلَ ظهورِ الرِّبحِ شَـريكٌ بعدَه فليُحرَّرْ حكْمُه، وأنَّ العَبدَ لو غرِمَ بعدَ العِتقِ فيما لو تصرَّفَ بغيرِ إذْنِ سيِّدِه وتلِفَ المأخوذُ في يدِ السَّيِّدِ لم يرجِعْ على السَّيدِ أيضًا؛ لأنَّه لو غَرِمَ قبلَ العِتقِ لم يَرجِعْ؛ فليُراجَعْ.

ويُطالبُ كلٌّ مِن السَّيِّدِ والعَبدِ بثمَنِ المَبيعِ، ومثْلِهما الوَكيلُ والمُوكِّلُ، ومحلُّ ذلكَ في البيع الصَّحيحِ؛ لأنَّ الإذْنَ لا يتناولُ الفاسِـدَ، فالمأذونُ في الفاسـدِ كغَيرِ المأذونِ، فيتعلَّقُ الثَّمنُ بذمَّتِه لا بكسْبِه، صرَّحَ به البَغَوِيُّ[1].

ولـو أذِنَ لعَبدِه في اسـتيامِ عينٍ فاسْـتامَها فتلفَـت في يدِه تعلَّـقَ ضَمانُها بذمَّةِ السَّيِّدِ والعَبدِ، وقال الإمام: الأقيسُ أنَّه لا يتعلَّق بذمَّة السَّيدِ.

وفي «فتاوي القاضي» أنَّه لو اسـتامَ عبْدٌ بإذْنِ سـيِّدِه وتلِـفَ في الطَّريقِ ضمِنَه السَّـيِّدُ، ولو جاءَ عبدٌ إلى رجلٍ وقال: «أرسلَني سـيِّدي لتعطيَني ثوبًا مِن ثيابك حتَّى يراهُ ليشـتَرِيَه» فصدَّقَه ودفَعَه إليه، فهو كما لو أودَعَ وديعَةً عندَ عبدٍ فأتْلَفَها أو تلِفَـتْ في يـدِه، قاله القاضي في «فتاويه»، فإنْ كان مصـوَّرًا بما إذا تبيَّنَ صِدقُه على السَّيِّدِ دلَّ على عدمِ ضَمانِ السَّيِّدِ، وكان موافقًا لِما تقدَّمَ عنِ الإمامِ.

ولـو أرسَـلَ رجلًا إلـى بزَّازٍ ليأخُـذَ منه ثوبًا سَـومًا فتلِفَ في الطَّريـقِ؛ ضمِنَه المُرسِـلُ دونَ الرَّسـولِ، كما سـيأتي في الوكالةِ عن قضيَّةِ كلامِ البَغَوِيِّ، ويُفرَّقُ بينَ الرَّسـولِ والعَبدِ حيثُ يضمَنُ في السَّـومِ كما تقدَّمَ بقوَّةِ العُلقَةِ فيه كما تقدَّمَ، وبخـلافِ إتلافِ العَبدِ ونحوِه ممَّـا يثبُتُ بغيرِ اختيارِ أربابِـه فيتعلَّقُ برَقبتِه، ولوْ أودَعَ شيئًا فأتلَفَه تعلَّقَ بدَلُها برَقبتِه، وإن أذِنَ له السَّيِّدُ في الإيداعِ والإتلافِ، هذا ما تلخَّصَ مِن نزاعٍ في المَسألةِ.

---

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ١١٢).

(فَصْلٌ)
في الصُّلحِ

وهو لغةً: قَطْعُ النِّزاعِ، وشرعًا: عقْدٌ يحصُلُ به ذلكَ.

(**وَيَصِحُّ الصُّلْحُ**)؛ لقولِه تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾[١]، وخبَرِ ابنِ حبَّانَ[٢] وصحَّحَه: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا**»، والكفَّارُ كالمُسلمينَ فيه، وإنَّما خُصُّوا بالذِّكْرِ؛ لانقيادِهم إلى الأحكامِ غالبًا، ولفْظُه يتعدَّى غالبًا بـ «مِنْ» و«عن» للمَتْروكِ، وبـ «على» والباءِ للمأخوذِ.

وإنَّما يصِحُّ (**مَعَ الإِقْرَارِ**) أي: إقرارِ المُدَّعى عليه بالمُدَّعى به كما في اليَمينِ المَردودةِ وإن أنكرَ بعدَ الإقرارِ، كما نقَلَه السُّبكيُّ عنِ المَاوَرْدِيِّ، وهو ظاهرٌ؛ لثبوتِ الحقِّ بالإقرارِ وعدمِ قبولِ الإنكارِ، أو كان الإقرارُ حُكميًّا فلا يصِحُّ مع إنكارِه، وكذا مع سكوتِه كما أفهَمَه كلامُ المُصنِّفِ، وصرَّحَ به في «المَطلبِ» عن سُليمٍ الرَّازيِّ وغيرِه، نعَمْ لو أقامَ المُدَّعي بيِّنةً بعدَ الإنكارِ صحَّ الصُّلحُ أي: الواقعُ بعدَها؛ لثُبوتِ الحقِّ بها كثبوتِه بالإقرارِ، قاله المَاوَرْدِيُّ[٣] ووافقَه الغَزَالِيُّ بعدَ القَضاءِ بالمِلْكِ، واستشكَلَه قبلَه[٤]؛ لأنَّ له سبيلًا إلى الطَّعنِ.

ولو أنكرَ فصُولحَ ثُمَّ أقرَّ كان الصُّلحُ باطلًا قاله المَاوَرْدِيُّ[٥]؛ أي: لأنَّ شرْطَ صحَّةِ الصُّلحِ الإقرارُ، وهو مُنتفٍ حالَ العَقدِ، فاندفَعَ قوْلُ الإِسْنَوِيِّ[٦] إذا أقرَّ بأنَّه كان مِلكًا للمُصالحِ حينَ الصُّلحِ، فينبَغِي الصِّحَّةُ لاتِّفاقِهما على أنَّ العَقدَ

---

(١) سورة النساء: ١٢٨.

(٢) «صحيح ابن حبان» (٥٠٩١) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) «الحاوي الكبير» (٦/ ٣٢١).

(٤) «أسنى المطالب» (٢/ ٢١٦).

(٥) «الحاوي الكبير» (٦/ ٣٧٢).

(٦) «المهمات» (٥/ ٤٥٢).

جَرَى بشروطِه في علْمِهما، وفي نفسِ الأمرِ. انتهى.

أو ثُمَّ قال له: «برئْتَ مِن الحقِّ» أو «أبرأْتُكَ عنه»، أو كان المُدَّعى عينًا فقال: «ملكْتَها» فله العَودُ إلى الدَّعوى، ولا يُؤاخَذُ بالإقرارِ للعلْمِ بأنَّه مستندٌ إلى ما جَرَى. ذكرَ ذلكَ في «الأنوارِ»[1].

ولوِ ادَّعى عليه عينًا فقال: «ردَدْتُها إليك» ثُمَّ صالَحه، ففي «فتاوي البَغويِّ»: إنْ كانت في يدِه أمانةً لم يصِحَّ الصُّلحُ؛ لأنَّ القولَ قولُه فيكونُ صلحًا على إنكارٍ، وإن كانت مضمونةً فقولُه في الرَّدِّ غيرُ مقبولٍ، وقد أقرَّ بالضَّمانِ فيصِحُّ الصُّلحُ.

قال: ويُحتمَلُ بطلانُه فإنَّه لم يقِرَّ أنَّ عليه شيئًا، وإذا صالَحَ على الإنكارِ وكان المُدَّعي مُحقًّا حَلَّ له باطنًا أن يأخُذَ ما بذَلَ له، قاله المَاوَرْدِيُّ[2].

وفرْضُه في صُلحِ الحَطِيطَةِ احترازًا عمَّا إذا صالَحَ على غيرِ المُدَّعى عليه، ففيه كما قال الإسْنَوِيُّ[3] ما يأتي في مسألةِ الظَّفرِ، ولا يُتصوَّرُ صلحٌ على قدْرِ المُدَّعى مِن جنسِه، ولو كان المُنكرُ قد وقَفَ[4] الأرضَ المُدَّعاةَ فصالَحَ عنه أجنبيٌّ جازَ؛ لأنَّه بذْلُ مالٍ في قُربةٍ، ولو بذلَ للمُنكرِ مالًا ليقِرَّ ففعَلَ كان الصُّلحُ فاسدًا؛ لبنائِه على فاسدٍ.

وهل يكونُ بذلكَ مقرًّا؟ وجهانِ. قال شيخُ مشايخِنا: أوجهُهُما لا، وبه جزَمَ ابنُ كجٍّ وغيرُه؛ لأنَّه إقرارٌ بشرطٍ[5].

---

(١) «الأنوار» (١/ ٥٦٦).
(٢) «الحاوي الكبير» (٦/ ٣٧١).
(٣) «المهمات» (٥/ ٤٤٧).
(٤) في (ع): «وصف».
(٥) «أسنى المطالب» (٢/ ٢١٨).

ولـو وكَّلَ المُنكِرُ أجنبيًّا في الصُّلحِ عنه صحَّ التَّوكيلُ أي: فله المُصالحَةُ عنه بعدَ ذلكَ بشـرطِه، قال في «الأنوارِ»[١]: ولو صالَحَ منَ الإنكارِ، ثُمَّ قال: «برئتُ مِن الحقِّ» أو «أبرأْتُك عنه»، أو كان المدَّعى عينًا فقال: «ملكْتُها» فله العَودُ إلى الدَّعوى، ولا مُؤاخذةَ[٢] للإقرارِ بالعلْمِ بأنَّه مستندٌ إلى ما جَرَى. انتهى.

والوَجـهُ خلافُـه في «أبرأْتُك» حيـثُ قصَدَ به الإنشـاءَ أو أطلَـقَ، وقدْ أطلَقَ الرَّافعـيُّ[٣] وغيرُه أنَّه لـو أبرَأَ المُدَّعى عليـه وهو مُنكِرٌ وقلْنـا: لا يفتقرُ الإبراءُ إلى القَبولِ صحَّ؛ لأنَّه مسـتقِلٌّ به، وهو شـاملٌ لِما إذا جرَتْ مصالحةٌ، وإن قال بعضُهم: الظَّاهرُ أنَّه حيثُ لم تجْرِ مصالحةٌ، وأفتى النَّوويُّ بأنَّه لوِ استوْفَى دَيْنَه مِن مالٍ حرامٍ لم يعلَمْ به وأبرَأَه فإنْ أبرأَهُ براءةَ استيفاءٍ لم يصِحَّ، والدَّينُ باقٍ في ذمَّتِه، أو براءةَ إسقاطٍ سقَطَ.

والـذي يتَّجُه أنَّ المُرادَ ببَراءةِ الاسـتيفاءِ: الحُكْمُ بالبَراءةِ لوجودِ الاسـتيفاءِ وما له الإقرارُ بها لا حقيقةُ الإسقاطِ، وإلَّا فلا وَجهَ إلَّا السُّقوطُ.

ولا بـدَّ أيضًا في صحَّةِ الصُّلحِ مِن سَـبقِ خصومةٍ وإن لـم يكُنْ عندَ الحاكمِ؛ لأنَّ لفْظَـه يسـتدعِيه، فلو قـال مِن غيرِ سـبقِها: «صالِحني عـن دارِك بكذا» لم يصِـحَّ، نعَمْ إن نوَيَا بـه البيعَ صحَّ فهو كنايةٌ فيه، ولو قـال لغَريمِه بلا خصومةٍ: «أبرِئْني مِن دَينِك على كذا» فأبرَأَه جازَ.

وإنَّمـا يصِـحُّ الصُّلحُ مـع ما ذُكِـرَ **(فِي الأَمْـوَالِ)** أي: بسـببِها وعنها، ومنها المَنافعُ، وقد صرَّحَ الرَّافعيُّ في الوَصايا بشُـمولِ اسمِ الأموالِ لها، **(وَمَا يُفْضِي إِلَيْهَـا)** مِـن الحُقـوقِ التي تعوَّضُ هي عنهـا؛ كالقَوَدِ في نفسٍ أو مـا دونَها، فلو

---

(١) «الأنوار» (١/ ٥٦٦). (٢) في (ج): «يؤاخذ».

(٣) «الشرح الكبير» (٥/ ٩١)

صالَحَ مستحِقَّه منه على شيءٍ صحَّ، لكن لو صالحَ منه على مالٍ بلفْظِ البيعِ لم يصِحَّ؛ إذْ لا دَخْلَ له فيه، بخلافِ غيرِ الأموالِ وما يُفضِي إليها كحَدِّ القَذفِ، نعَمْ قال السُّبكيُّ: يصِحُّ الصُّلحُ على منافعِ الكلابِ مدَّةً معلومةً. انتهى. قال بعضُهم: وفيه بمالٍ نظرٌ. انتهى.

وكالكلابِ: غيرُها مِن الاختصاصاتِ وغيرِها؛ كجلودِ المَيتةِ كما هو ظاهرٌ، ويُمكِنُ دفْعُ النَّظرِ بأنَّه لا مانعَ مِن جوازِ أخْذِ المالِ في مقابلةِ إسقاطِ حقِّه له مِن الاختصاصِ مدَّةً أو مُطلقًا، وليس فيه مقابلةُ الاختصاصِ بالمالِ؛ فليُتأمَّلْ.

(**وَهُوَ**) أي: الصُّلحُ باعتبارِ الواقعِ منه غالبًا (**نَوْعَانِ: إِبْرَاءٌ، ومُعَاوَضَةٌ**).

(**فَالإِبْرَاءُ**): ما فيه (**اقْتِصَارٌ مِنْ حَقِّهِ**) الدَّينِ (**عَلَى بَعْضِهِ**) المُعيَّنِ كنصْفِه، ويصِحُّ بلفْظِ نحوِ الإبراءِ والحَطِّ والإسقاطِ والصُّلحِ نحو: «أبرَأْتُك مِن خمس مئةٍ مِن الألفِ الذي لي عليكَ» أو «حططتها» أو «أُسقِطها عنك» و«صالحْتُك على الباقي»، ولا يُشترَطُ في ذلكَ قبولٌ، ونحو: «صالحْتُك على الألفِ الذي لي عليكَ على خمسِ مئةٍ» لكن يُشترَطُ القَبولُ في ذلكَ، فلو عيَّنَ الخَمسَ مئةَ صحَّ أيضًا كما قاله جمْعٌ منهم البَغَويُّ[1]، واقتضاه كلامُ الشَّيخينِ[2]، وقال الإمامُ: لا يصِحُّ، وتبِعَه الإسْنَوِيُّ، وجزَمَ به في «الرَّوضِ»[3]، ولا يصِحُّ بلفْظِ البيعِ.

(**وَلَا يَجُوزُ**) أي: لا يحِلُّ ولا يصِحُّ (**فِعْلُهُ**) أي: الإبراءِ (**عَلَى شَرْطٍ**) نحو «أبرَأْتُك مِن خمسةٍ مِن العَشرةِ التي لي عليك» و«صالحْتُك على الباقي» أو

---

(١) «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٤/ ١٤٤).

(٢) «الشرح الكبير» (٥/ ٩٣)، و«روضة الطالبين» (٤/ ١٩٦).

(٣) «روض الطالب» (ص٣٧٩).

«صالحْتُك مِن العَشـرةِ التي لي عليك على خَمسـةٍ إن دخَلْتَ الدَّارَ أو أبرَأْتَني من كذا».

(**وَالمُعَاوَضَـةُ**): ما فيه (**عُدُولُهُ مِنْ حَقِّهِ**) مِن حقِّ الدَّينِ أو العَينِ (**إِلَى غَيْرِهِ**) مِـن عَينٍ أو دَينٍ؛ كأنْ صالَحَ مِن دارٍ، أو دينارٍ معيَّنٍ، أو في الذِّمَّةِ على ثَوبٍ، أو عَشرةِ دراهمَ على التَّعيينِ أو في الذِّمَّةِ.

(**وَيَجْـرِي عَلَيْهِ**) أي: علـى المُعاوضةِ وذكْرُ الضَّميرِ باعتبـارِ أنَّها صلْحٌ، أو علـى العُدولِ (**حُكْمُ البَيْعِ**) أي: أحكامُـه؛ لأنَّها مِن أفرادِه وإن لم تكُنْ بصيغتِه المشـهورةِ، فتثبُتُ فيه الشُّـفعةُ، والخيـارُ، والرَّدُّ بالعَيبِ، ومنـعُ التَّصرُّفِ قبلَ القبضِ، واشـتراطُ التَّقابضِ في العِوضيْنِ في المَجلسِ إنِ اتَّفقَا في علَّةِ الرِّبا، مع التَّساوي في معيارِ الشَّرعِ إنِ اتَّحدَ جنْسُهما الرِّبويُّ كما لو صالَحَ في ألفِ درهمٍ معيَّنـةٍ على ألفِ درهمٍ أُخرى معيَّنـةٍ أو في الذِّمَّةِ، وأنَّه لا مانعَ مِن ذلكَ كما هو ظاهرٌ.

وتعييـنُ العِوضِ في المَجلسِ فيما لو صالَحَ مِـن دَينٍ على آخَرَ لم يُوافقْه في علَّةِ الرِّبا وكونُ الدَّين المُصالحِ عليه ممَّا يجوزُ الاعتياضُ عنه؛ كدَينِ القَرْضِ، والإتلافِ، وثمنِ المَبيعِ، بخلافِ دَين السَّلَمِ ونحوِه.

وشـمِلَ قولُـه: «إلى غيره» العُـدولَ إلى المَوصـوفِ بصفةِ السَّـلَمِ، كما لو صالَحَ مِن عَينٍ أو دَينٍ على عبدٍ أو ثوبٍ موصوفٍ كذلكَ، فيكونُ سـلَمًا تعتبَرُ فيه أحكامُه.

ومِن هنا يُعلَمُ انعقادُ السَّـلَمِ بلفْظِ الصُّلـحِ، وإن اقتصَرُوا في بابِه على اعتبارِ كونِه بلفْظِ السَّلَمِ أو السَّلَفِ.

وفي «الرَّوضَةِ»[(١)] و«أصْلِها»[(٢)] أنَّه لو كان له في يدِ رجلٍ ألفُ درهمٍ وخمسون دينارًا فصالَحَه من ذلكَ على ألفَيْ درهمٍ لم يَجُزْ، ولو كانَ المَبلغُ المذكورُ دَينًا فصالَحَ منه على ألفَيْ درهمٍ جازَ، والفَرقُ أنَّه إذا كان في الذِّمَّةِ فلا ضرورةَ إلى تقديرِ المُعاوضةِ فيه فيُجعَلُ مستوفيًا لأحدِ الألفيْنِ ومعتاضًا عنِ الدَّنانيرِ الألفِ الأُخرى، وإذا كان معيَّنًا كان الصُّلحُ عنه اعتياضًا، وكأنَّه باعَ ألفَ درهمٍ وخمسين دينارًا بألفَيْ درهمٍ وهو مِن صورِ «مُدِّ عَجوةٍ» بخلافِ مسألةِ الإمامِ السَّابقةِ؛ لأنَّ الصُّلحَ فيها صلحُ حَطيطةٍ فيبعُدُ فيها الاعتياضُ.

(**وَيَجُوزُ لِلْإِنْسَانِ**) المُسلمِ ولو بغيرِ إذْنِ الإمامِ (**أَنْ يُشْرِعَ**) أي: يُخرِجَ (**رَوْشَنًا فِي طَرِيقٍ نَافِذٍ**) بالمُعجمةِ، ويعبَّرُ[(٣)] عنه بالشَّارعِ، وإن أخَذَ أكثَرَ هواءِ الطَّريقِ أي: أو جميعَه كما هو ظاهرٌ، (**لَا يَسْتَضِرُّ**) أي: لا يتضرَّرُ (**المَارُّ بِهِ**) في مرورِه فيه ضررًا لا يُحتمَلُ عادةً فيما يظهَرُ، بأن يرفعَه بحيثُ يمرُّ تحتَه المارُّ منتصبًا، قال المَاوَرْدِيُّ[(٤)]: وعلى رأسِه الحُمولةُ العاليةُ، وكذا المَحملُ مع الكَنيسةِ[(٥)] فوقَه على البَعيرِ إن كان ممرَّ الفِرسانِ والقَوافلِ؛ لأنَّه قد يتَّفقُ ذلك، ولو أحوَجَ إلى وضْعِ الرُّمحِ على الكتِفِ لم يضُرَّ.

ويُشتَرطُ ألَّا يُظلِمَ المَوضعُ عندَ أكثرِ الأصحابِ أي: إظلامًا لا يُحتمَلُ عادةً على ما مرَّ.

فإن أشرَعَ فيه ما يتضرَّرُ المارُّ به، أو غرَسَ فيه شجرةً، أو بنى فيه دكَّةً وإن أذِنَ فيهما الإمامُ وكان بفناءِ دارِه ولم يتضرَّرْ بهما المارُّ لم يجُزْ؛ لأنَّ شغْلَ

---

(١) «روضة الطالبين» (٤/ ١٩٧).

(٢) «الشرح الكبير» (٥/ ٩٠).

(٣) في (ج): «وعبر».

(٤) «الحاوي الكبير» (٦/ ٣٧٧).

(٥) أي: أعواد مرتفعة عليه معدَّة لأنْ يوضع عليها سترة تقي الراكب من الحرّ والبرد وتستره. «أسنى المطالب» (٢/ ٢١٩).

المكانِ بذلكَ مانعٌ مِن الطُّروقِ وقد تزدحِمُ المارَّةُ فيصطكُّون به.

وقد استُشكلَ هذا التَّعليلُ بجوازِ غَرسِ الشَّجرةِ في المَسجدِ مع الكراهةِ.

وأجيبَ بأنَّ محلَّه إذا كان لعُمومِ المُسلمين، بدليلِ أنَّهم لا يُمنعونَ مِن الأكلِ مِن ثمارِها وإنْ غرَسَها للمَسجدِ ليصرِفَ رِيعَها له، فالمَصلحَةُ عامَّةٌ أيضًا بخلافِ ما هنا، وقضيَّتُه كما قال شيخُ مشايخِنا جوازُ مثْلِ ذلكَ في الشَّارعِ حيثُ لا ضرَرَ. انتهى.

أي: بالنِّسبةِ للشَّجرةِ فقَطْ فيما يظهَرُ؛ لظهورِ الفرْقِ بينَها وبينَ الدِّكَّةِ، نعَمْ ذكروا في الجِناياتِ أنَّه يجوزُ حفْرُ البئرِ في الشَّارعِ لمَصلحةِ نفْسِه بإذنِ الإمامِ حيثُ لا ضرَرَ، وقد يُفرَّقُ بأنَّ الحاجةَ إلى الماءِ آكَدُ، والفرْقُ بينَ الجَناحِ ونحو الدِّكَّةِ حيثُ فصلَ في الأوَّلِ دونَ الثَّاني واضحٌ، لكنْ نقَلَ الشَّيخانِ في الجناياتِ عنِ الأكثرين أنَّ للإمامِ مدخلًا في إقطاعِ الشَّوارعِ، وأنَّه يجوزُ للمُقطعِ أن يبنِيَ فيه ويتملكَه.

وقد يجابُ بأنَّ غايةَ ذلكَ ثبوتُ خلافٍ في المسألةِ اعتمدَا[1] كغيرِهما منه ما هنا، وقضيَّةُ كلامِ المُصنِّفِ أنَّه لا فرْقَ في الطَّريقِ النَّافذِ فيما تقرَّرَ بينَ ما أحيي طريقًا وما أوقَفَه مالكُه طريقًا وهو الأوْجَه، ومُقتضى كلامِ الشَّيخينِ[2].

وسُئلَ القاضي عمَّنْ رفَعَ التُّرابَ عنِ الطَّريقِ الواسعِ وضرَبَ اللَّبنَ واتَّخذَ الكيزانَ وباعَها ولا ضرَرَ على النَّاسِ؟ فأجابَ بأنَّه مكروهٌ، وإذا فعَلَ وباعَ لا يُفسخُ العَقدُ. انتهى.

---

(١) في (ج): «اعتمده».

(٢) «الشرح الكبير» (٥/ ٩٦)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٢٠٤).

ولعلَّـه في غيرِ الموقوفِ ولا منْعَ أيضًا ممَّا يُحتملُ عادةً كعَجنِ الطِّينِ إذا بقِيَ مقـدارُ مُرورِ النَّـاسِ، وإلقاءِ الحِجارةِ فيـه للعِمارةِ إذا تُركَتْ بقـدْرِ نقْلِها ورَبطِ الـدَّوابِّ فيـه بقدْرِ حاجـةِ النُّـزولِ والرُّكوبِ والـرَّشِ الخَفيفِ، بخـلافِ ما لا يُحتمَلُ كإلقاءِ القُماماتِ والتُّرابِ والحِجارةِ والحُفرِ التي بوجْهِ الأرضِ والرَّشِّ المُفرطِ، ومثْلُه إرسـالُ الماءِ مِن الميازيبِ إلى الطُّرقِ الضَّيِّقةِ، وإلقاءُ النَّجاسـةِ فيه كما قاله الزَّرْكَشِيُّ، قال: بل هو في معنى التَّخلِّي[1]. انتهى.

والوَجـهُ تقييدُه بما لـو ضرَّ ضررًا لا يُحتمَلُ عادةً لكثرتِـه، وحيثُ فعَلَ ما منَعَ منه أزالَه الحاكمُ دونَ الآحادِ كما في «المطلْبِ»؛ لخوفِ الفِتنةِ، فإن أمنَتْ لم يبعُدِ الجَوازُ لهم أيضًا، نعَمْ لهم المُطالبةُ بإزالتِه كما قاله سُليمٌ؛ لأنَّه مِن إزالةِ المُنكرِ.

وخرَجَ بالمُسلمِ: غيرُه، فلا يجوزُ له الإشراعُ مُطلقًا وإن جازَ له الاستطراقُ؛ لأنَّه كإعلاء بنائه على بنائِنا أو أبلغ.

ويُؤخَـذُ منـه ما بحثَـه الأَذْرَعِـيُّ مِن اختصـاصِ المَنـعِ بشَـوارعِنا، بخلافِ شـوارعِهم المُختصَّـةِ بهم في دارِنـا، وأفْتَى أبو زُرعـةَ أخذًا مِن ذلـكَ بمنْعِه مِن البُروزِ في البَحر ببنائِه على المُسلمينَ، قال الجُرْجَانِيُّ وغيرُه: ولا يجوزُ الإشراعُ في هواءِ المَسـجدِ، وألحَـقَ به الأَذْرَعِيُّ ما قرُبَ منه كمَدرسـةٍ ورِباطٍ، وتردَّدَ في المَقبَرةِ، ولعلَّ الأوْجَه المَنعُ حيثُ لم يختصَّ به.

ولو انهدَمَ رَوْشَنُه فسبقَه جارُه إلى وضْعِ آخَرَ في مُحاذاتِه صارَ أحقَّ، وإن كان بحيثُ يمنَعُ إعادةَ الأوَّلِ ومع عزْمِ صاحبِه على إعادتِه، نعَمْ لو بَنَى دارًا في مَواتٍ وجعَلَ لها رَوشَنًا ثُمَّ بَنَى آخَرُ دارًا بمُحاذاتِه واستمَرَّ الشَّارعُ استمَرَّ حقُّ الأوَّلِ.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢١٩).

وإن انهدَمَ رَوشَنُه فليس لجارِهِ وضْعُ رَوشَنٍ أي: يُعارِضُ حقَّه إلَّا بإذنِه؛ لسَبقِ حقِّـه بالإحياءِ، وله إخراجُ رَوشَـنٍ تحتَ رَوشَـنِ جارِه، وكذا فوقَـه إن لم يضُرَّ المـارَّ عليـه، ومقابلَه إن لم يبطُلْ انتفاعُ صاحبِه، ولوْ أخرَجَ رَوشَـنًا إلى ملْكِه ثُمَّ سبَّل ما تحتَه شارعًا وهو يضرُّ المارَّةَ أُمِرَ برفْعِه على ما بحثَه الزَّرْكَشِيُّ.

(**وَلَا يَجُوزُ**) أي: إشـراعُ الرَّوشَـنِ (**فِي الدَّرْبِ المُشْـتَرَكِ**) وهـو غالبًا الطَّريقُ غيرُ النَّافذِ لا لغَيرِ الشُّـركاءِ ولا لبعضِهم (**إِلَّا بِإِذْنِ**) مَن له حقٌّ في مَحلِّ الإشـراعِ مِن كلِّ (**الشُّـرَكَاءِ**) فيـه أو بعضِهم في الصُّورتيْنِ، فـإنْ كان فيهم ناقصٌ بصِبًى أو غيـرِه فـلا بدَّ مِن إذنِه بعدَ كمالِه كما أفْتَى به البَغَويُّ في الطِّفلِ، ومثْلُه غيرُه كما هو واضحٌ تضَرَّرُوا به أم لا، وهُم مَن نفذَتْ أبوابُهم إليه، والمُرادُ كما أخَذَه الزَّرْكَشِيُّ مِـن كلامِ غيرِه مَن له المُرورُ فيه إلـى ملْكِه ولو نحو بئرٍ أو حانوتٍ لا مَن لاصَقَه جدارُهم، ويختَصُّ شـركةُ كلٍّ منهم بما بينَ بابِـه ورأسِ الدَّربِ فلكلٍّ المَنعُ فيما له فيه شـركةٌ دونَ غيرِه، وكالشُّركاءِ المُكتَري إن تضرَّرَ كما أفْتَى به البَغَويُّ ونقلَه في «الكفايةِ» وغيرِها عن أبي الفَضلِ التَّميميِّ، ومثْلُه المُوصَى له بالمَنفعةِ[1].

ولا يجوزُ الصُّلحُ على الإشـراعِ بمالٍ؛ لأنَّ الهَواءَ لا يُفردُ بالبيعِ، وكالإشراعِ غيرُه ممَّا تقدَّمَ امتناعُه في الشَّـارعِ، وكذا ما تقدَّمَ جوازُه فيه مِن كلِّ ما لا يُتسـامَحُ به عادةً فيما يظهَرُ، بخلافِ ما يُتسـامَحُ به كذلكَ، وقد جوَّزُوا لغَيرِ الشُّـركاءِ فيه دخولَه بغيرِ إذنِهم؛ لأنَّه مِن الحلالِ المُستفادِ بقرينةِ الحالِ.

قال الزَّرْكَشِيُّ: وقضيَّتُه أنَّه لا يجوزُ إذا كان فيهم محجورٌ عليه لامتناعِ الإباحةِ منه ومن وَليِّه، وقد توقَّفَ الشَّيخُ عزُّ الدِّين في مسائلَ قريبةٍ مِن ذلكَ كالشُّرْبِ مِن أنهارِهم[2]. انتهى.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٢١).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٢١).

والظَّاهرُ وِفاقًا لشيخِ مشايخِنا كغيرِه الجَوازُ وإن كان الوَرَعُ خلافُه، ومِن ذلكَ ما قاله الأصحابُ مِن أنَّه يجوزُ المُرورُ بملْكِ غيرِه إذا لم يصِرْ به طريقًا للنَّاسِ، وظاهرٌ كما قال أنَّ مَحلَّه فيما جرَتِ العادةُ بالمُسامحَةِ بالمُرورِ فيه[1].

وقولُ القاضي: «ليس لغيرِهم الجلوسُ فيه بغيرِ إذنِهم» يتعيَّنُ حمْلُه على ما لا يُتسامَحُ به، ويجوزُ لبعضِ الشُّركاءِ دخولُه وإن لم يأذَنِ الباقونَ بل وإنْ منَعُوا، بخلافِه في العَرْصَةِ[2] المُشتَرَكةِ؛ لأنَّ التَّوقُّفَ على الإذنِ هنا يُؤدِّي إلى تعطيلِ الأملاكِ بخلافِه ثَمَّ[3]، قاله القاضي.

ولو وقَفَ أحدُهم دارَه مسجدًا، أو كان هناكَ مسجدٌ قديمٌ شاركَهم المُسلمونَ في المُرورِ إليه فيُمنَعون مِن السَّدِّ والقِسمةِ، صرَّحَ به الشَّيخانِ[4].

وكالمَسجدِ فيما ذُكِر: ما سُبِّلَ، أو وُقِفَ على جهةٍ عامَّةٍ؛ كبِئرٍ، ومدرسةٍ، ورِباطٍ، نبَّهَ على ذلكَ الزَّرْكَشِيُّ[5].

(**وَيَجُوزُ**) لبعضِ الشُّركاءِ ولو بغَيرِ إذْنِ الباقي (**تَقْدِيمُ البَابِ**) لدارِه (**فِي الدَّرْبِ المُشْتَرَكِ**) إلى جهةِ رأسِه بأنْ يفتَحَ آخَرَ أقرَبَ إلى رأسِه مِن الأوَّلِ مع استطراقِه منه إن سُدَّ الأوَّلُ بأن لم يستطرقْ منه لتَركِه بعضَ حقِّه، فإن لم يُسدَّ الأوَّلُ بأنِ استطرَقَ منه أيضًا لم يجُز إلَّا بإذْنِ ممَّن بابُه أبعدُ مِن الجديدِ، سواءٌ فيه مقابِلُ القَديمِ وما بينَهما، وكذا ممَّن بابُه مقابِلُ الجديدِ على ما صرَّحَ به

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٢١).

(٢) كذا في (ع). وفي (ك)، (ش)، (ص): «الروضة». وفي (ج)، (ن): «الوصية».
وفي «القاموس المحيط» (ص٦٢٣): العَرْصَةُ: كلُّ بُقعَةٍ بين الدُّور واسعة ليس فيها بِناءٌ.

(٣) أي: في العَرصة المشتركة. «حواشي الشرواني على التحفة» (٥/ ٢٠٧).

(٤) «الشرح الكبير» (٥/ ١٠٠)، و«روضة الطالبين» (٣/ ٤٤٣).

(٥) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٢١).

شيخُ مشايخِنا؛ وذلكَ للتَّضرُّرِ بزيادةِ الزَّحمةِ ووُقوفِ الدَّوابِّ، بخلافِ مَن بابُه أقربُ مِن الجديدِ، إذ لا حقَّ له في مَحلِّ الفَتحِ.

(وَلَا يَجُوزُ) له **(تَأْخِيرُهُ)** أي: البابِ إلى جِهةِ سفلِ الدَّربِ وإن سُدَّ الأوَّلُ **(إِلَّا بِإِذْنٍ)** ممَّن بابُه أبعدُ مِن القديمِ، بخلافِ مَن بابُه أقرَبُ منه أو مقابلُه كما نقَلَه في «الرَّوضَةِ»[(١)] في الثَّانيةِ عنِ الإمامِ وأقرَّه، وعبَّرَ عنه بالبابِ المفتوحِ.

ومَنْ نازَعَ فيه «بأنَّ المُقابلَ للمفتوحِ مشاركٌ في القدْرِ المَفتوحِ فيه فله المَنعُ» فقد فهِمَ أنَّ المُرادَ به الجديدُ بدليلِ ما عُلِّلَ به، وليس كذلكَ، وليس لغَيرِ أهْلِ الدَّربِ فتْحُ بابٍ فيه للاستطراقِ منه إلَّا برِضاهُم، بخلافِ فتْحِه لغَيرِ الاستطراقِ، نعَمْ إن كان فيه مسجدٌ قديمٌ جازَ ولو بغيرِ رِضاهُم فتْحُه للاستطراقِ؛ لأنَّه حينئذٍ كالشَّارعِ، والكلامُ في مُجرَّدِ الفَتحِ للاستطراقِ، فإن صحِبَه نحوُ بُروزٍ بعَتبَتِه أو أُسْكُفَّتِه في الطَّريقِ، أو جعلِ راجعٍ عليه من خارجٍ كان كالرَّوشَنِ كما هو ظاهرٌ، فيُفصلُ فيه بينَ المُضرِّ وغيرِه، وحيثُ جازَ الفَتحُ أو الإشراعُ بالإذْنِ فرجَعَ الآذنُ بعدَ الإشراعِ أو الفتحِ جازَ في الأُولى مُطلقًا، ولا يلزَمُه برجوعِه شيءٌ كما قاله الإمامُ فيما إذا كان المأذونُ أجنبيًّا، بخلافِ رُجوعِه في أرضٍ أعارَها لبِناءٍ أو غِراسٍ، فإنَّه لا يقلعُ مجّانًا.

قال الشَّيخانِ[(٢)]: والقياسُ أنَّه لا فرْقَ.

وفرَّقَ غيرُهما بأنَّ الرُّجوعَ هناكَ يترتَّبُ عليه القَطْعُ، وهو خَسارةٌ، فلم يجُزِ الرُّجوعُ مجَّانًا، بخلافِه هنا لا يترَتَّبُ عليه خَسارةٌ؛ لعدمِ اقتضائِه لزومَ سدِّ

---

(١) «روضة الطالبين» (٤/ ٢٠٨).

(٢) «الشرح الكبير» (٥/ ٣٨٥)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٢١٠).

البابِ، وخَسارةُ فتحِه إنَّما تترتَّبُ على الإذْنِ لا على الرُّجوعِ مع أنَّ فتْحَه لا يتوقَّفُ على الإذْنِ، وإنَّما المُتوقَّفُ عليه الاستطراقُ.

ويُؤخَذُ منه أنَّ الحكمَ كذلكَ إذا كان المأذونُ شريكًا وهو ظاهرٌ، وامتنَعَ في الثَّانيةِ إذا كان المأذونُ شريكًا، ولو صالَحَ بمالٍ على الإشراعِ أو الفَتحِ امتنَعَ في الأوَّلِ؛ لأنَّ الهَواءَ لا يُباعُ مفردًا، وجازَ في الثَّاني؛ لأنَّه انتفاعٌ بالأرضِ، ثُمَّ إنْ قدَّرُوا مدَّةً واحدةً فهو إجارةٌ، وإن أطلَقُوا أو شرَطُوا التَّأبيدَ فهو بيعُ جزءٍ شائعٍ مِن الدَّربِ، ومحلُّ ذلكَ كما قال الأَذْرَعِيُّ إذا لم يكُنْ بالدَّربِ مسجدٌ أو نحوُه كدارٍ مَوقوفةٍ على معيَّنٍ أو غيرِه، وإلَّا فلا يجوزُ؛ إذِ البيعُ لا يُتصوَّرُ في المَوقوفِ وحُقوقِه.

قال: وأمَّا الإجارةُ فيتَّجِهُ فيها تفصيلٌ لا يخْفَى على الفَقيهِ استخراجُه[1]. انتَهى. وظاهرُه جوازُ الإجارةِ على التَّفصيلِ وإن كان نحوُ المَسجدِ قديمًا، فليُتأمَّلْ.



(١) «أسنى المطالب» (٢/ ٢٢٢).

(فَصْلٌ)
في الحَوالَـة

بفتْحِ الحاءِ أفصَحُ مِن كسْرِها، مِن التَّحوُّلِ والانتقالِ.

وهي شـرعًا: عقْدٌ يقتَضِي نقْلَ دَينٍ مِن ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ، ويُطلَقُ على انتقالِه مِن ذمَّةٍ إلى أُخرى.

(وَشَرَائِطُ) صِحَّةِ **(الحَوَالَةِ أَرْبَعَةٌ)**:

أحدُهـا: (رِضا المُحِيلِ) والمُـراد به الإيجابُ، وإن لم يكُـنْ بلفْظِ الحَوالةِ فيكْفِـي ما يُـؤدِّي معناه؛ كـ «أَحلْتُك بعَشـرتِكَ التـي عليَّ على فُلانٍ بعَشـرَتِي عليه»، أو «نقَلْتُ حقَّكَ إلى فُلانٍ»، أو «جعَلْتُ ما أسـتحِقُّه على فُلانٍ لكَ»، أو «ملَّكْتُك الدَّينَ الذي عليه بحَقِّكَ».

قـال المُتولِّي: وهل تنعقِدُ بلفْظ البيعِ؟ إن راعَيْنا اللَّفظَ لم تنعقِدْ، أو المَعنى انعقدَتْ كالبيعِ بلفْظِ السَّلَمِ[1]. انتهَى.

والمُرجَّحُ غالبًا اعتبارُ اللَّفظِ، وقضيَّتُه عدمُ الانعقادِ هنا.

ولو قـال: «أحلْتُك على فلانٍ بكذا» ولـم يقُـلْ «بالدَّينِ الذي لكَ عليَّ» قال شيخُ مشايخِنا: فهو كنايةٌ كما يُؤخَذُ مِن كلامِهم أواخرَ البابِ، وصرَّح البُلْقِينِيُّ وغيرُه بتصحيحِه[2]. انتَهى.

وفيـه نظـرٌ؛ لأنَّه أراد بكلامِهـم أواخرَ البـابِ قولَهم في هذه الصُّـورةِ أنَّه لوِ ادَّعى المَدينُ أنَّه أرادَ الوكالةَ صُدِّقَ بيمينِه؛ لأنَّه أعرَفُ بإرادتِه، وهو لا يدُلُّ لِما

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٣٠).
(٢) «أسنى المطالب» (٢/ ١٠٨).

ذكَرَه؛ لأنَّ أكثرَ ما لزِمَ منه قبولُ هذه الصِّيغةِ الصَّرفِ عنِ الحَوالةِ، ومُجرَّدُ ذلكَ لا يقتَضِي كونَها كنايةً؛ لأنَّ قبولَ الصَّرفِ لا يُنافِي الصَّراحةَ، بل قوَّةُ عبارتِهم في هذه الصُّورةِ تدُلُّ على أنَّ الانصرافَ عنِ الحَوالةِ إنَّما هو عندَ إرادتِه، وقضيَّةُ ذلكَ الحَملُ على الحَوالةِ عندَ الإطلاقِ كما يُدرَكُ ذلكَ بالتأمُّلِ الصَّادقِ، ومِن ثَمَّ اعتمدَ بعضُ أكابرِ شُيوخِنا الصَّراحةَ.

وإنَّما عبَّرَ بالرِّضا دونَ الإيجابِ مع أنَّه المُرادُ تنبيهًا على عدمِ وجوبِها ولو بطلَبِ المُحتالِ دفعًا لتَوهُّمِ وجوبِها لكونِها طريقًا إلى الخروجِ مِن الحقِّ الواجبِ في الجُملةِ.

(وَ) **الثَّاني**: (**قَبُولُ الْمُحْتَالِ**) وعبَّرَ به دونَ الرِّضا تنبيهًا على أنَّه المُرادُ بِرِضا المُحتالِ؛ لأنَّ المَفهومَ مِن القَبولِ ما كان مِن الإيجابِ، ولم يعكِسْ لأنَّ دلالةَ القَبولِ على الإيجابِ أتمُّ مِن عكسِه؛ إذ قد ينفرِدُ الإيجابُ عنِ اعتبارِ القَبولِ مُطلقًا بخلافِ القَبولِ.

ونبَّهَ بجعْلِه مِن الشَّرائطِ على عدمِ وجوبِه؛ إذ شرْطُ الصِّحَّةِ (إنَّما يجِبْ)[1] لغيرِه ولم يثبُتْ وجوبُه هنا، فلا يجِبُ قبولُ المُحتالِ لكنَّه يُستحَبُّ إذا أُحيلَ على مليءٍ أي: وفي طيبِ المالِ كما بحَثَه الأَذْرَعِيُّ[2]، وعليه حُمِلَ خبرُ: «**وَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَحْتَلْ**»[3]؛ لأنَّ الحَوالةَ معاوضةٌ فهي كسائرِ المُعاوضاتِ، وأفهَمَ سكوتُه عنِ المُحالِ عليه أنَّه لا يُشترَطُ رِضاهُ وهو الصَّحيحُ.

(وَ) **الثَّالثُ**: (**كَوْنُ الدَّيْنِ**) الصَّادقِ بالمُحالِ به والمُحالِ عليه أي: أنْ يكونَ كلٌّ منهما دينًا مِثليًّا أو مُتقوِّمًا.

---

(١) في (ج)، (ن): «أنها».

(٢) «قوت المحتاج» (٢/ ٥٩٨).

(٣) رواه البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم (١٥٦٤) من حديث أبي هريرة رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ.

(**مُسْتَقِرًّا فِي الذِّمَّةِ**) فلا تصِحُّ بغَيرِ الدَّينِ مِن عَينٍ أو غيرِها؛ كثمَنِ ما سيشتَرِيه، ولا عليه، ولا بغيرِ المُستقرِّ كديَنِ السَّلَمِ، ولا عليه، وما ذكَرَه مِن اشتراطِ الاستقرارِ ذكَرَه الشَّيخانِ[1] أيضًا.

واعتُرِضَ عليهما بأنَّه لا يستقيمُ؛ لأنَّ الأُجرةَ قبلَ مُضِيِّ المُدَّةِ، والصَّداقَ قبلَ الدُّخولِ والمَوتِ، والثَّمنَ قبلَ قبْضِ المَبيعِ وغيرِ ذلكَ غيرُ مستقرَّةٍ، ومع ذلكَ تصِحُّ الحَوالةُ بها وعليها.

وأُجيبَ بأنَّ المُرادَ بالمُستقِرِّ هنا ما يجوزُ بيْعُه، لا ما أُمِنَ[2] انفساخُ العَقدِ فيه بتَلَفِه أو تلَفِ مقابلِه، وقد يُحمَلُ المُستقرُّ في الذِّمَّةِ على الثَّابتِ فيها للاحترازِ عن نحْوِ ما سيقرِضُه، لكن يحتاجُ حينئذٍ لتقييدِه باللَّازمِ واستِثْناءِ دَينِ السَّلَمِ، وقد يُحمَلُ على الثَّابتِ اللَّازمِ ولو بالأوَّلِ بنفْسِه فيدخُلُ ثمنُ المَبيعِ ولو في زمَنِ الخيارِ، ويخرُجُ نحو ما سيُقرِضُه، وجعْلُ الجِعالةِ قبلَ الفَراغِ، ولا بدَّ مِن استِثْناءِ دَينِ السَّلَمِ.

(**وَ**) **الرَّابعُ**: (**اتِّفَاقُ مَا فِي ذِمَّةِ المُحِيلِ**) ممَّا أحيلَ به، (**وَ**) ما في ذمَّةِ[3] (**المُحَالِ عَلَيه**) ممَّا أُحيلَ عليه في الواقعِ، وعلْمُ العاقديْنِ (**فِي**) القَدْرِ و(**الجِنْسِ**) كأنْ يكونَ كلٌّ منهما عشرَةَ دراهمَ أو دنانيرَ، (**وَالنَّوْعِ**) بأن يتَّفِقا في نحوِ الصِّحَّةِ والجودَةِ (**وَالحُلُولِ، وَالتَّأْجِيلِ**) بأن يتَّفِقا في أحدِهما، فإنِ اختلَفَا في شيءٍ من ذلكَ لم تصِحَّ الحوالَةُ.

وأفْهَمَ كلامُه أنَّه لا يُشترَطُ اتِّفاقُهما في جوازِ المُطالبةِ بهما حتَّى لو نذَرَ عدمَ المُطالبةِ بدَيْنِه حيثُ ينعقِدُ نذْرُ ذلكَ جازَتِ الحَوالةُ به وعليه، بشرْطِ حُلولِ

---

(١) «روضة الطالبين» (٤/ ٢٣١).

(٢) في (ج): «أمكن».

(٣) قوله: «في ذمة» جاء في (ع) من المتن.

الدَّينِ الآخَرِ بناءً على بقائِهِ على حُلولِه وإنِ امتنعَتِ المُطالبةُ به، وهو الأوجَهُ.

والظَّاهِرُ وِفاقًا لبعضِهِم جوازُ مطالبةِ المُحيلِ في الحالِ؛ لأنَّ النَّذرَ لا تعلُّقَ له به ولا في الرَّهنِ والضَّمانِ وهو كذلكَ، بل لو أحالَه بدَينٍ أو على دَينٍ به رهنٌ أو ضامنٌ انفكَّ الرَّهنُ وبرِئَ الضَّامنُ؛ لأنَّ الحَوالةَ كالقبْضِ بدليلِ سُقوطِ حبْسِ المَبيعِ والزَّوجةِ فيما إذا احتالَ المُشتَري بالثَّمنِ والزَّوجُ بالصَّداقِ.

وفارَقَ المُحتالُ الوارثَ في نظيرِه مِن ذلكَ بأنَّ الوارثَ خليفةُ مورِّثِه فيما يثبُتُ له مِن الحُقوقِ، فلو تقايَلَا في الحَوالةِ بناءً على جَوازِ الإقالةِ فيها كما رجَّحَه البُلْقِينِيُّ كالخُوارِزميِّ، وإن كان المُعتمدُ خلافَه، كما جزَمَ به الرَّافعيُّ لم يعُدِ الضَّمانُ والرَّهنُ لانقطاعِ حكمِهما بالحَوالةِ، فلا يعُودانِ إلَّا بتجديدٍ، وإفتاءُ بعضِهم بعودِهما خطَّأَه الزَّرْكَشِيُّ فيه.

ولو أقرَّ بأنَّ الدَّينَ المكتوبَ على فلانٍ لزيدٍ وكان به رهنٌ ثبَتَ للمقرِّ له بصفتِه كما أفْتَى به النَّوويُّ، وليس الضَّمانُ هنا كالرَّهنِ؛ لأنَّه يُشترطُ لصحَّتِه معرفةُ المَضمونِ له دونَ وكيلِه كذا قيلَ، وفيه نظرٌ؛ لأنَّه لا يمتنِعُ مع ذلكَ معرفةُ الضَّامنِ للمَضمونِ له، والقياسُ عندَ مَن لا يكتَفِي بمَعرفةِ الوكيلِ مؤاخذةُ الضَّامنِ للمُقرِّ له حيثُ ثبَتَ ضمانُ ذلكَ الدَّينِ ولم يثبُتْ ما يمنَعُ صحَّتَه.

وأفهَمَ تعبيرُه بذمَّةِ المُحالِ عليه اعتبارَ شخصٍ يُحالُ عليه، فلا تصِحُّ الحَوالةُ على تركةِ الميِّتِ، وهو ما أفْتَى به جمْعٌ متأخِّرون؛ أخذًا مِن قولِ الأصحابِ: لا بدَّ في الحَوالةِ مِن ثلاثةِ أشخاصٍ، بخلافِها على ذمَّة الميِّتِ فتصِحُّ على أصحِّ الوجهيْنِ، ولا يُنافِيه قولُهم: «لا ذمَّةَ للميِّتِ»؛ لأنَّه بالنِّسبةِ للمُستقبلِ خاصَّةً، ولو كانَتِ التَّركةُ ديونًا لم تصِحَّ الحوالةُ عليها أيضًا على الأوْجَهِ، وإن

تردَّدَ فيه الزَّرْكَشِيُّ؛ لأنَّها إن وقعَتْ على ذمَّةِ المَدينِ فهو ليس بمَدينٍ للمُحيلِ فهي حوالةٌ على مَن لا دَين عليه، أو على نفسِ الدُّيونِ فلا مُحالَ عليه، وهذه الدُّيونُ في حكْمِ الأعيانِ.

وما ذكَرَه المُصنِّفُ مِن الشُّروطِ الأربعةِ متحقِّقةٌ بالنِّسبةِ إلى الوَليِّ محيلًا أو محتالًا أو محالًا عليه، وقد ذكَرَ المَرْعَشيُّ أنَّه لو كان لأحدِ طفلَيْنِ على أخيه مالٌ فأحالَه الأبُ بما له على أخيه على نفسِه أو على ابنٍ آخَرَ له صغيرٍ أي: وقبِلَ له؛ جازَ.

وبحَثَ بعضُهم امتناعَ قبولِ الوَليِّ للحَوالةِ بمالِ مُولِّيه؛ للتَّغريرِ، بخلافِ الحَوالةِ على الطِّفلِ تجوزُ، ويُطالبُ الوَليُّ بالتَّسليمِ، لكنِ الأوْجَهُ الجَوازُ عندَ ظهورِ المَصلحةِ.

(**وَتَبْرَأُ بِهَا**) أي: بالحَوالةِ بمُجرَّدِها (**ذِمَّةُ المُحِيلِ**) عن دَينِ المُحتالِ، وذمَّةِ المُحالِ عليه عن دَينِ المُحيلِ، ويتحوَّلُ دينُ المُحتالِ إلى ذمَّةِ المُحالِ عليه فلا يعودُ إلى المُحيلِ بحالٍ، حتَّى لو تعذَّرَ الحقُّ بنحْوِ إفلاسِ المُحالِ عليه، أو إنكارِه الحقَّ، أو الحَوالةَ، أو موتِه، أو موتِ شهودِها لم يرجِعِ المُحتالُ على المُحيلِ، وإن جهِلَ ما ذكرَ، أو شرَطَ الرُّجوعَ به بل تفسُدُ الحَوالةُ بشرْطِه كما رجَّحَه الأَذْرَعِيُّ[1] وغيرُه مِن أوجُهٍ أطلقاها في «الرَّوضَةِ»[2] و«أصْلِها»[3]؛ لأنَّه شرْطٌ مخالفٌ لمُقتضاها ولا خيارَ له.

وإن بانَ المُحالُ عليه معسرًا وقد شرَطَ يسارَه، أو بانَ عبدًا لغيرِ المُحيلِ بل يطالبُه بعدَ العِتق، فإن بانَ عبدًا للمُحيلِ لم تصِحَّ الحَوالةُ، وإن كان له في

(١) «قوت المحتاج» (٢/ ٦٠٦- ٦٠٧).
(٢) «روضة الطالبين» (٤/ ٢٣١- ٢٣٢).
(٣) «الشرح الكبير» (٥/ ١٣٢).

ذمَّتِـه دينٌ قبلَ ملْكِه له لسـقوطِه عنه بملْكِه، وفيه نظـرٌ؛ لأنَّهم ذكَرُوا في موضعٍ آخَرَ أنَّ الملْكَ الطَّارئَ على الدَّينِ بغيرِ سـبْيِ الحَربيِّ لا يسقِطُه، بخلافِه بسبَبِه يسقطُه أي: بالنِّسبةِ لقَدْرِ حقِّهِ منه لأنَّه غنيمةٌ، وفي «المطلبِ» أنَّ قبولَ المُحتالِ الحَوالةَ مـن غيرِ اعترافٍ بالدَّينِ متضمنٌ لاسـتجماعِ شـرائطِ الصِّحَّةِ فيُؤاخَذُ بذلكَ لو أنكَرَ المُحالُ عليه.

وهـل له تحليفُ المُحيلِ أنَّه لا يعلَمُ براءَتَه؟ وجهانِ، أوجهُهُما: نَعَمْ، وِفاقًا لشيخِ مشايخِنا وغيرِه[1].



(١) «أسنى المطالب» (٢/ ٢٣٢).

(فَصْلٌ)
فِي الضَّمَانِ

(وَيَصِحُّ ضَمَانُ الدُّيُونِ الْمُسْتَقِرَّةِ فِي الذِّمَّةِ) كثمنِ المَبيعِ بعدَ قبْضِه، والأجرةِ بعدَ مُضيِّ المُدَّةِ ولو بمُجرَّدِ اعترافِ الضَّامنِ، حتَّى لو قال شخْصٌ: «لزيدٍ على عمرٍو ألفٌ وأنا ضامنه» فأنكر عمرو؛ فلزيدٍ مطالبةُ الضَّامنِ في الأصحِّ كما ذكَرَه الشَّيخانِ[1] أواخِرَ الإقرارِ.

وأفهَمَ كلامُه أنَّ غيرَ المُستقرَّةِ في الذِّمَّةِ؛ كالمَهرِ قبلَ الدُّخولِ والمَوتِ، والثَّمنِ قبلَ قبضِ المَبيعِ، والأجرةِ قبلَ مُضيِّ المدَّةِ لا يصِحُّ ضمانُها، لكنِ المعروفُ خلافُه، ولهذا اقتصَرَ الشَّيخانِ في الدَّينِ على اشتراطِ كونِه ثابتًا للاحترازِ عمَّا سيجِبُ بنحوِ قرضٍ لازمًا أو صائرًا إلى اللُّزومِ بنفسِه؛ لكونِ الأَصلِ في وضعِه اللُّزومُ كالثَّمنِ في مدَّةِ الخِيارِ حيثُ لم يمنَعْ نقْلَ المِلْكِ إلى البائعِ، وإلَّا فهو ضَمانُ ما لم يجِبْ للاحتِرازِ عن نحوِ نُجومِ الكتابةِ وجعلِ الجِعالةِ قبلَ الفراغِ مِن العَملِ.

وصرَّحا بأنَّه لا فرقَ بينَ أنْ يكونَ مُستقرًّا أو لا، وما حكَيَا في ذلكَ خلافًا.

وقد يُجابُ بأنَّ في المفهومِ تفصيلًا، أو بحَملِ المُستقرَّةِ على اللَّازمةِ ولو مآلًا، أو على الثَّابتةِ بقَرينةِ اقتصارِه فيما يأتي على نفْيِ صحَّةِ ضَمانِ ما لم يجِبْ، لكن يحتاجُ إلى زيادةِ قيْدِ اللُّزومِ، ودخلَ في الدُّيونِ المنافعُ الثَّابتةُ في الذِّمَّةِ بعقْدِ الإجارةِ، ولا تردُ الأعيانُ المَضمونةُ حيثُ يصِحُّ ضمانُها وليسَتْ ديونًا، إما لأنَّ الدُّيونَ لقبٌ غيرُ مؤولٍ بالمُشتَقِّ فلا مفهومَ له، أو لأنَّ في المفهومِ تفصيلًا.

---

(١) «الشرح الكبير» (٨/ ٢٧٢)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٢٧٨).

وإنَّمـا يصِحُّ ضَمـانُ الدُّيونِ المذكورةِ **(إذَا عُلِمَ قَدْرُهَـا)** للضَّامن، فلا يصِحُّ ضَمانُ المَجهولةِ كما سيأتي.

قال الرَّافعيُّ[١]: لأنَّه إثباتُ مالٍ في الذِّمَّةِ بعقْدٍ فأشْبَه البيعَ والإجارةَ.

ويُؤخَذُ منه اشـتراطُ العِلمِ بالجِنسِ والصِّفةِ أيضًا ولا بدَّ منه، وصرَّحَ بالصِّفةِ بالنِّسـبةِ للحُلولِ والتَّأجيـلِ ومقدارِ الأجلِ أبو خلَفٍ الطَّبَـريُّ، ولا بدَّ أيضًا مِن كونِها مُعينَّةً، فلا يصِحُّ ضمانُ أحدِ الدَّينيْنِ على الإبهامِ.

قال الغَزاليُّ: ولا يصِحُّ ضَمانُ ما لا يُتبرَّعُ به كالقِصاصِ والشُّفعةِ وحدِّ القَذفِ.

ولا يرِدُ ذلكَ على المُصنِّفِ؛ لأنَّ اسمَ الدَّين لا يشمَلُه.

(وَلِصَاحِبِ الحَقِّ) بنفسِـه أو نائبِه **(مُطَالَبَةُ مَنْ شَـاءَ مِنَ الضَّامِنِ والمَضْمُونِ عَنْه)** جميعِهما أو مجموعِهما، بكلِّ الحقِّ أو بعضِه، فلا تسقُطُ مطالبةُ المضمونِ عنه، ولا يَبْرَأُ بالضَّمانِ، بل لو ضمِنَ بشـرطِ براءتِه كان الضَّمانُ باطلًا؛ لمُخالفةِ الشَّرطِ مُقتَضى الضَّمانِ، ويُؤخَذُ منه البُطلانُ أيضًا بشرطِ عدمِ مطالبتِه.

وإنَّمـا يُطالبُ كُلًّا منهما **(إذَا كَانَ الضَّمَانُ عَلَى مَـا)** أي: الوَجهِ الذي **(بَيَّنَّاهُ)** مِـن كونِه ضمانَ الدُّيونِ المُسـتقرَّةِ في الذِّمَّـةِ المَعلومةِ، فإن لـم يكُنْ كذلكَ لم يُطالَبِ الضَّامنُ؛ لعَدمِ صحَّة الضَّمانِ.

وللضَّامنِ بـإذْنِ المَضمونِ عنه أو وَليِّه مطالبةُ صاحبِ الحقِّ بإبرائِه، أو أخْذِ حقِّـهِ مِن تركَةِ المَضمونِ عنه؛ لأنَّهـا قد تتلَفُ فلا يجِدُ مَرجعًا إذا غرِمَ، ومطالبةُ المَضمونِ عنه بتخليصِه بالأداءِ إن طُولِبَ، لكن ليس له حبْسُـه وإن حُبِسَ، قال في «المطلبِ»: ولا ملازمتُه[٢]. انتَهى.

---

(١) «الشرح الكبير» (٥/ ١٥٦).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٤٧).

وفائـدةُ المُطالبةِ حينئذٍ إحضـارُه مجلسَ الحُكمِ وتفسـيقُه إذا امتنَعَ، فلو كان المَضمونُ عنه محجورًا بنَحوِ صِغرٍ أو جنونٍ طولِبَ وليُّه قبلَ رُشْدِه وطولِبَ هو بعدَه، وقامَ إذْنُ وليِّهِ حالَ الحَجْرِ مقامَ إذنِه كما بحَثَه بعضُهم، فلو كان المَحجورُ مُعدِمًا فالظَّاهرُ كما قاله الأَذْرَعِيُّ في الصَّبيِّ أنَّ الوَليَّ لا يُطالَبُ بخلاصِه، بخلافِ ما إذا لم يُطالبْ ليس له المُطالبةُ بالتَّخليصِ، لكن له كما في «الشَّاملِ» وغيرِه وهو أحـدُ الوَجهيْـنِ في «التَّتمَّةِ» أن يقـولَ لصاحبِ الحقِّ: «إمَّـا أن تطالِبَنِي بحقِّكَ أو تُبْرِئَنِي عنه» أي: فإذا طالبَه فلَه حينئذٍ مطالبةُ المَضمونِ عنه بالتَّخليصِ.

والظَّاهـرُ أنَّه ليس لـه حبْسُ صاحبِ الحـقِّ ولا ملازمتُه هنـا ولا فيما تقدَّمَ، وهـل فائدةُ المُطالبةِ حينئذٍ ما تقـدَّمَ في مطالبةِ المَضمونِ عنه؟ فيه نظرٌ، ولو كان الضَّامنُ بلا إذْنٍ لم يكُنْ للضَّامنِ شيءٌ ممَّا ذُكِرَ.

(وَإِذَا غَرِمَ الضَّامِنُ) أي: أدَّى الحقَّ للمُسـتحقِّ مِن مالِه لا مِن سَهمِ الغارمين ولـم يصرفِ الأداءَ عن جهـةِ الضَّامنِ؛ كقصْدِ التبَرُّعِ بـأداءِ دَينِ المَضمونِ عنه، ولـو بعدَ الدَّفـعِ مِن غيرِ نيَّةٍ على مـا بحَثَه بعضُهم، ولا عرَضَ مـا يُوجِبُ الأداءَ عـن غيرِ جهةِ الضَّمانِ، كما لو ضمِنَ عن أصْلِه بإذْنِه صداقَ زوجتِه ثُمَّ ظهَرَ قبلَ الدُّخـولِ ما يُوجِبُ الإعفافَ وامتنَعَتْ مِن تسـليمِ نفْسِـها حتَّـى تقبِضَ الصَّداقَ فأدَّاه الضَّامنُ كما بحَثَه البُلْقِينِيُّ، وكما لو نذَرَ بعدَ الضَّمانِ بالإذْنِ أداءَ دَينِ فلانٍ، فطُولِبَ، فأدَّاه، كما بحَثَه بعضُهم، وقد يُتوقَّفُ في انعقادِ النَّذرِ مِن جهةِ أنَّ الأداءَ واجبٌ بالضَّمانِ ونذرَ الواجبِ لا ينعقِدُ.

(رَجَعَ) جوازًا **(عَلَى المَضْمُونِ عَنْهُ)** بمثلِ ما أدَّاه صورةً[1] بشرطيْنِ:

أحدُهمـا: **(إِذَا كَانَ الضَّمَـانُ وَالقَضَـاءُ)** أي: أداءُ الحـقِّ **(بِإِذْنِـهِ)** فيهما، وإن

---

(١) في (ج): «ضرورة».

لـم يَشـتَرِطِ الرُّجوعَ، أو وهَبَـه صاحبُ الحقِّ ما أدَّاه إليه، بخـلافِ ما لو قال له: «وهبْتُك الدَّينَ الذي ضمِنْتَه لي» فلا رجوعَ؛ لأنَّه كالإبراءِ.

فـإن كان الضَّمانُ بإذْنِه والقَضاءُ بغيرِ إذْنِـه فأوجُهٌ، أصحُّهَا: أنَّه يرجِعُ مُطلقًا، نعَمْ إن ثبَتَ الضَّمانُ بالبيِّنةِ وهو منكِرٌ؛ كأنِ ادَّعى على زيدٍ وغائبٍ ألفًا، وأنَّ كلًّا منهمـا ضمِنَ ما على الآخـرِ بإذْنِه فأنكَرَ زيدٌ، فأقامَ المُدَّعي بيِّنةً وغرَّمَه لم يرجِعْ زيدٌ على الغائبِ بالنِّصفِ؛ لكونِه مُكذِّبًا للبيِّنةِ، فهو مظلومٌ بزعمِه فلا يرجِعُ على غيرِ ظالمِه، وكذا لو قال للمُستحقِّ: «سلَّمَك المَضمونُ عنه الحقَّ» ولم يُثبِتْه ثُمَّ ادَّعاه؛ فلا رجوعَ.

وإن كان القَضـاءُ بإذْنِـه والضَّمـانُ بغيرِ إذْنِه لم يرجِعْ في الأصـحِّ، فلو أذِنَ في القَضاءِ بشـرطِ الرُّجوعِ رجَعَ في الأصحِّ، ففي مفهومِ الشَّرطِ تفصيلٌ، ولو ضمِنَ بـالإذْنِ ونهاه عـنِ الأداءِ فإنْ كان النَّهيُ بعدَ الضَّمانِ لم يُؤثِّرْ، أو قبلَه وبعدَ الإذْنِ كان رجوعًا عنه، أو مع الإذْنِ كان مُفسدًا له، ذكَرَ ذلكَ الإسْنَوِيُّ[1].

وثانيهمـا: الإشـهادُ علـى الأداءِ، أو كونُـه بحَضـرَةِ المَضمونِ عنـه، أو نهيُه عنِ الإشـهادِ، ويكْفِي إشـهادُ مسـتورَيْنِ ورجلٍ ليحلِفَ معـه، وكالأداءِ: حَوالةُ الضَّامنِ للمُسـتحقِّ، وحَوالةُ المُسـتحقِّ عليه وارثُ الضَّامنِ للدَّينِ، ومصالحتُه عنـه بعوضٍ، فله الرُّجـوعُ في جميعِ هذه الصُّورِ إن ضمِنَ بالإذْنِ، أو أدَّى بالإذْنِ بشـرْطِ الرُّجوعِ، إلَّا في الإرثِ فله الرُّجوعُ مُطلقًا؛ لأنَّ الحقَّ صارَ له وهو باقٍ في ذمَّةِ المَضمونِ عنه.

والرُّجوعُ في مسـألةِ الصُّلحِ بالأقلِّ مِن الدَّيـنِ، وقيمةِ ما صالَحَ به يومَ الصُّلحِ إنِ اختلَفَ الجنسُ، فلو صالَحَ مِن عشـرةِ دراهـمَ على ثوبٍ قيمتُه خمسَةٌ، أو مِن

---

(١) «المهمات» (٥/ ٥٠٢-٥٠٣).

خمسةِ دراهمَ على ثوبٍ قيمتُه عشرةٌ رجَعَ بخمسةٍ، ولو باعَه ثوبًا قيمتُه عشرةٌ بعشرةٍ قدْرَ الدَّينِ وتقاصَّا رجَعَ بالعَشرةِ، وكذا لو قال: «بعْتُكَه بما ضمنْتُه لكَ» على المختارِ في «الرَّوضَةِ»[1].

واعتُرِضَ الرُّجوعُ بالعَشرةِ في هذيْنِ بأنَّ الوَجهَ الرُّجوعُ بالأقلِّ كما في مسألةِ الصُّلحِ؛ لأنَّه بيعٌ.

وفرَّقَ شيخُ مشايخِنا[2] بأنَّ لفظَ الصُّلحِ يُشعِرُ بقَناعةِ المُستحقِّ عنِ الكثيرِ بالقليلِ، ثُمَّ نظرَ فيه، فإنِ اختلفَتِ الصِّفةُ كأنْ أدَّى الصِّحاحَ عنِ المُكسَّرةِ أو المُكسَّرةَ عنِ الصِّحاحِ رجَعَ بالمُكسَّرةِ فيهما، وظاهرُ جعْلِ الحَوالةِ كالأداءِ ثبوتُ الرُّجوعِ قبلَ دفْعِ المُحالِ عليه للمُحتالِ، ويُمكِنُ توجيهُه بأنَّ الحَوالةَ تقتَضِي انتقالَ الحقِّ وفراغَ ذمَّةِ المُحيلِ، نعَمْ تردَّدَ بعضُ المُتأخِّرينَ فيما لو أحالَ المُستحقُّ على الضَّامنِ فأبرَأَ المُحتالُ الضَّامنَ، ومال إلى عدمِ الرُّجوعِ؛ لأنَّه لم يغرَمْ شيئًا، وهو محتملٌ.

(وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ المَجْهُولِ) لِما تقدَّمَ، نعَمْ يصِحُّ ضمانُ إبِلِ الدِّيةِ مع الجَهلِ بصفتِها؛ لأنَّها معلومةُ السِّنِّ والعَددِ، ويرجِعُ في صفتِها إلى غالبِ إبِلِ البلدِ.

ولو قال: «ضمِنْتُ دراهمَك عليه» مع جهْلِه بقدْرِها، ففي صحَّتِه في ثلاثٍ منها لدخولِها في اللَّفظِ بكلِّ حالٍ وجهانِ، أصحُّهما: على ما اقتضاه كلامُ الشَّيخيْنِ[3] في تفويضِ الصَّداقِ الأوَّلِ، وإنِ اقتَضَى كلامُهما هنا أنَّ الأصحَّ الثَّاني.

---

(١) «روضة الطالبين» (٤/ ٢٦٧).
(٢) «أسنى المطالب» (٢/ ٢٤٩).
(٣) «الشرح الكبير» (٥/ ١٥٨)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٢٥٢).

(وَ) لا ضَمانَ (مَا لَمْ يَجِبْ) أي[1]: يثبُتُ؛ كنفقةِ الغدِ لنحوِ الزَّوجةِ، والمئة التي ستجِبُ بنحوِ بيعٍ أو قرضٍ؛ لأنَّ الضَّمانَ وثيقةٌ فلا تسبقُ الحقَّ كالشَّهادةِ (إِلَّا دَرْكَ المَبِيعِ) ويُعبَّرُ عنه بالعُهدَةِ بفتحِ الدَّالِ وفتح الرَّاءِ وإسكانِها، فيصِحُّ ضمانُه مع عدمِ الوجوبِ للحاجةِ، وتبيُّنُ كونِ الثَّمنِ حقًّا ثابتًا للمضمونِ له عندَ الضَّمانِ بظهورِ الاستحقاقِ لا يُنافِي أنَّ هذا مِن ضمانِ ما لم يجِبْ كما اقتضاه الاستِثْناءُ؛ لأنَّه حكمَ بصحَّتِه ظاهرًا قبلَ التَّبيينِ على أنَّ تبيُّنَ ما ذكرَ لا يصِحُّ في نحوِ ظهورِ الاستحقاقِ بالشُّفعةِ، وذلكَ بأنْ يضمَنَ للمُشتَري الثَّمنَ بعدَ قبضِه لو خرَجَ المَبيعُ مُستحقًّا ولو بشُفعةٍ، فإن لم يقبِضْ لم يصِحَّ ضمانُه؛ لأنَّه إنَّما يضمَنُ ما دخلَ في ضمانِ المَضمونِ عنه، ولزِمَه ردُّه بالتَّقديرِ المذكورِ.

ومِن ألفاظِه أن يقولَ للمُشتَري: «ضمِنْتُ لكَ عُهدتَه» أو «دركَه» أو «خلاصَكَ منه» ولو قال: «ضمِنْتُ لك خلاصَ المَبيعِ» لم يصِحَّ؛ لأنَّه لا يستقِلُّ بتخليصِه إذا استحقَّ، ولو ضمِنَ عهدةَ الثَّمنِ وخلاصَ المَبيعِ معًا صحَّ في العُهدةِ دونَ الخلاصِ.

وأصْلُ الدَّرْكِ التَّبِعةُ، أي: المُطالبةُ والمُؤاخذَةُ كما قاله الجَوهَرِيُّ[2]، ومعلومٌ أنَّ المَضمونَ هو الثَّمنُ لا نفسُ التَّبِعةِ، فالدَّركُ هنا إمَّا بمَعنى الثَّمنِ، أو على حذْفِ المُضافِ، أي: ذا درك المَبيع وهو الحقُّ الواجبُ للمُشتَري عندَ إدراكِه مستحقًّا وهو الثَّمنُ.

ووجْهُ تسميتِه بالدَّركِ كونُه مضمونًا بتقديرِ الدَّركِ أي: إدراكِ المُستحِقِّ عيْنَ مالِه ومطالبتِه ومؤاخذتِه به.

---

(١) في (ع): «أو».

(٢) «الصحاح» (٤/ ١٥٨٢).

وكـدَركِ المَبيعِ فيمـا ذُكِرَ: دركُ الثَّمـنِ، فيصِحُّ ضمانُه مع عـدمِ وجوبِه بأن يضمَنَ للبائعِ المَبيعَ بعدَ قبضِه لو خرَج الثَّمنُ مستحقًّا.

وكما يصِحُّ ضَمانُ الدَّركِ يصِحُّ ضمانُ الفَسادِ بأن يضمَنَ الثَّمنَ أو المَبيعَ بتقديرِ فسـادِ المَبيعِ بغيرِ الاسـتحقاقِ، وضمانُ رداءةِ الثَّمنِ أو المَبيعِ بأنْ شُرِطَ كونُه مِن نوعِ كذا، فيضمَنُ عنه ضامنٌ ليرجِعَ عليه المَضمونُ له بما شُـرِطَ، وضمانُ عيبِ المَبيعِ أو الثَّمنِ، وضمانُ نقْصِ الصَّنْجَةِ التي وُزِنَ بها الثَّمنُ أو المَبيعُ.

وهل تندرِجُ الأربعُ في ضمان الدَّركِ أو العُهدةِ عندَ إطلاقِه نحو: ضمِنْتُ لكَ دركَ أو عهدةَ الثَّمنِ، أو المَبيعِ مِن غيرِ ذكْرِ استحقاقٍ، أو فَسادٍ أو رداءةٍ أو عَيبٍ أو نَقصِ صَنجَةٍ حتَّى يُطالِبَ الضَّامنَ لو بانَ فسادُ البيعِ بغيرِ الاستحقاقِ أو لا؟

وجهـانِ في «العزيـزِ»[1] بـلا تصحيـحٍ، صحَّحَ منهمـا في «الشَّـرحِ الصَّغيرِ» و«الرَّوضَة»[2] الثَّاني؛ لأنَّ المُتبادرَ منه الرُّجوعُ بسببِ الاستحقاقِ.

ولوِ اختلفَ البائعُ والمُشتَري في نقْصِ صَنجَةِ الثَّمنِ صُدِّقَ البائعُ بيمينِه، فإذا حلَفَ طالبَ المُشـتَري بالنَّقصِ، ولا يُطالِـبُ الضَّامنَ؛ لأنَّ الأصْلَ براءةُ ذمَّتِه، إلَّا إذا اعترَفَ أو قامَتْ بيِّنةٌ.

ولـوِ اختلَفَ البائعُ والضَّامنُ صُدِّقَ الضَّامنُ؛ لأنَّ الأصْلَ براءةُ ذمَّتِه بخلافِ المُشتَري، فإنَّ ذمَّتَه كانت مشغولةً، ذكَرَ ذلكَ في «الرَّوضَةِ»[3] و«أصْلِها»[4].



(١) «الشرح الكبير» (٥/ ١٥٢).
(٢) «روضة الطالبين» (٤/ ٢٤٦).
(٣) «روضة الطالبين» (٤/ ٢٤٦).
(٤) «الشرح الكبير» (٥/ ١٥٢).

(فَصْلٌ)
في كفالة البدن

وتُسمَّى كفالةَ الوجْهِ.

(وَالكَفَالَةُ بِالبَدَنِ) ولو بدنَ صَبيٍّ، أو مَجنونٍ، أو محبوسٍ، أو ميِّتٍ، أو غائبٍ ولو بموضعٍ لا يلزَمُه الحُضورُ منه إلى مجلسِ الحُكمِ، وكالبَدنِ: ما لا يَبْقى الشَّخصُ بدونِه؛ كالرَّأسِ، والرُّوحِ، والجُزءِ الشَّائعِ، بخلافِ ما يَبْقى بدونِه؛ كاليدِ، والرِّجلِ كما صحَّحَه في «التَّنبيهِ»[1]، وأقرَّهَ النَّوويُّ في «تصحيحِه».

(جَائِزَةٌ) أي: حلالٌ صحيحةٌ للحاجةِ إليها، لكنْ بشرْطِ كونِ صاحبِه معينًا ورضاه بالكفالةِ ومعرفة الكفيلِ له، بخلافِ المكفولِ له تُشترَطُ معرفتُه دونَ رضاه، فإن كان المكفولُ غيرَ مكلَّفٍ اشتُرطَ إذْنُ وليِّه، ويُطالِبُه الكفيلُ بإحضارِه عندَ الحاجةِ إليه، أو ميِّتًا فيظهَرُ كما في «المطلبِ» اشتراطُ إذْنِ وارثِه.

قال الإسْنَوِيُّ[2]: ولا بدَّ مِن إذْنِ جميعِ الورثَةِ، ونازعَه الأَذْرَعِيُّ قال: ولا أحسَبُ أحدًا يقولُ إذا ماتَ عن أبٍ وزوجةٍ وأولادٍ أنَّه يُعتبرُ إذْنُ الجميعِ، ولا يكْفِي إذْنُ الأبِ لا سيَّما إذا كان الميِّتُ تحتَ حجْرِه بسفَهٍ أو غيرِه، وما يقولُه الإسْنَوِيُّ لو كان الأولادُ صغارًا. انتَهى[3].

والأَوْجَهُ ما قاله الإسْنَوِيُّ، لكن بعدَ حمْلِه ما إذا لم يكُنِ الميِّتُ محجورًا، وإلَّا اعتُبِرَ إذْنُ وليِّه كأبيه دونَ بقيَّةِ ورثَتِه، وإذا اعتُبِرَ إذْنُ الجميعِ فالعِبْرةُ بوَليِّ القاصرِ منهم؛ لقيامِه مقامَه، أو عبدًا أو سفيهًا، فظاهِرُ كلامِهم اعتبارُ إذْنِه حتَّى لا يكْفِي إذْنُ السَّيِّدِ والوَليِّ.

---

(١) «التنبيه في الفقه الشافعي» (ص ١٠٧).
(٢) «المهمات» (٥ / ٤٩٨).
(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٤٢).

وبحَثَ الأَذْرَعِيُّ اعتبارَ إذْنِ وليِّ السَّفيهِ دونَه، والأوْجَهُ في العبدِ اعتبارُ إذْنِ سيِّده، وفي السَّفيهِ اعتبارُ إذْنِه، إن لم يترتَّبْ على كفالتِه فواتُ كسْبٍ أو حاجةٌ إلى مؤنةِ إحضارٍ[1]، وإلَّا اعتُبِرَ إذْنُ وليِّه، ومعلومٌ أنَّه لا يصِحُّ إذْنُه إلَّا عندَ المَصلحةِ كسائرِ تصرُّفاتِه المُتعلِّقةِ به.

وإنَّما تجوزُ الكَفالةُ **(إِذَا كَانَ عَلَى المَكْفُولِ بِهِ)** أي: ببَدنِه **(حَقٌّ)** يُوجِبُ عليه حضورَ مجلسِ الحُكمِ عندَ الطَّلبِ، أو على غيرِه إحضارَه إليه، فتصِحُّ ببدَنِ الكفيلِ والأَجيرِ المُعيَّنِ، ومنِ ادُّعِيَ عليه فأنكرَ وانصرَفَ قبلَ الحلِفِ، وببدَنِ العَبدِ الآبِقِ لمَولاه، ويلزَمُ الكفيلَ السَّعيُ في إحضارِه، وببَدنِ المَرأةِ لزوجِها أو لمنِ ادَّعى زوجيَّتَها، وببَدنِ الميِّتِ قبلَ الدَّفنِ للشَّهادةِ على عيْنِه.

ولا تصِحُّ ببَدنِ مَن لا حقَّ عليه، ولا مَن عليه حقٌّ غيرُ لازمٍ كنُجومِ كتابةٍ، وإنَّما تجوزُ إذا كان عليه حقٌّ **(لِآدَمِيٍّ)** ولو عقوبةً؛ كقِصاصٍ وحَدِّ قَذفٍ وتعزيرٍ، فلا تصِحُّ ببدَنِ مَن عليه حقٌّ للهِ تعالى كحَدِّ خمرٍ وزِنا وسرِقةٍ؛ لأنَّه يسْعَى في دفْعِه ما أمكَنَ، نعَمْ تصِحُّ ببَدنِ مَن عليه زكاةٌ لأجْلِها كما يصِحُّ ضمانُها، وفي معناها الكفَّارةُ.

وقضيَّةُ إطلاقِه إذا كان الحقُّ مالًا عدمُ اشتراطِ علْمِ الكفيلِ بقدْرِه وهو الصَّحيحُ، ولو ماتَ المكفولُ لم يُطالَبِ الكفيلُ بالمالِ، ولو شرَطَ أن يغرمَ المالَ إن فاتَ التَّسليمُ لم تصِحَّ الكفالَةُ، وتصِحُّ الكفالَةُ أيضًا بالأعيانِ بأن يضمَنَ ردَّ الأعيانِ المضمونةِ بنحوِ غَصبٍ أوِ استعارةٍ وسَومٍ، ومنها الأمانةُ بعدَ الخيانةِ فيها، فإن تلِفَتْ أو تعذَّرَ ردُّها لم يلزَمْه قيمتُها، ولا يجوزُ ضمانُ قيمتِها لو تلِفَتْ، ولا ضمانُ غيرِ المَضمونةِ كالوَديعةِ الباقيةِ على الأمانةِ.

---

(١) في (ج)، (ن): «إحضاره».

(فَصْلٌ)
فِي الشَّرِكَةِ

بكسْرِ الشِّينِ وإسكانِ الرَّاءِ، وحُكِيَ فتْحُ الشِّينِ وكسْرُ الرَّاءِ وإسكانُها.

وهي لغةً: الاختلاطُ، وشرعًا: ثبوتُ الحقِّ في شيءٍ لاثنيْنِ فأكثَرَ على جهةِ الشُّيوعِ.

والمقصودُ هنا كما قاله الرَّافعيُّ[1] هو الشِّرْكة التي تحدُثُ بالاختيارِ لقصْدِ التَّصرُّفِ وتحصيلِ الأرباح.

(وَلِلشَّرِكَةِ) لتصِحَّ **(خَمْسُ شَرَائِطَ)**:

أحدُها: (أَنْ تَكُونَ) واردةً **(عَلَى نَاضٍّ)** بتشديدِ الضَّادِ، **(مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ)** ولو مغشوشةً إنِ استمَرَّ في البلدِ رواجُها على الأصحِّ في «الرَّوضَةِ»[2]، والنَّاضُّ هو الدَّراهمُ والدَّنانيرُ خاصَّةً كما قاله أهلُ اللُّغةِ فـ«مِنْ» للبيانِ، فلا تجوزُ على متقوَّمٍ كالثِّيابِ إلَّا فيما يأتِي، وفي جوازِها على مِثْلِيٍّ آخَرَ كقَمحٍ وحديدٍ قولانِ، أظهرُهما عندَ الشَّيخينِ[3] وغيرِهما: الجوازُ.

(وَ) الثَّانِي: (أَنْ يَتَّفِقَا) أي: المالانِ **(فِي الجِنْسِ)** فلوِ اختلَفا فيه كحِنطةٍ وشعيرٍ أو دراهمَ ودنانيرَ لم تصِحَّ، **(وَالنَّوْعِ)** فلوِ اختلَفا فيه كحِنطةٍ حمراءَ وحِنطةٍ بيضاءَ، وكدراهمَ صحيحةٍ ودراهمَ مكَسَّرةٍ، أو مثقوبةٍ وغيرِ مثقوبةٍ، أو جديدةٍ وعتيقةٍ لم تصِحَّ، ولا يُشتَرطُ اتِّفاقُهما في القدْرِ، ولا تساوِي الأجزاءِ في

(١) «الشرح الكبير» (٥/ ١٨٦).

(٢) «روضة الطالبين» (٤/ ٢٧٦).

(٣) «الشرح الكبير» (٥/ ١٨٨)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٢٧٦).

القيمـةِ، فلو كان لأحدِهما قفيزٌ قيمتُه مئةٌ وللآخَرِ قفيزٌ قيمتُه خمسـون صحَّتِ الشِّرْكةُ وكانَتْ أثلاثًا.

(وَ) **الثَّالِـثُ**: (**أَنْ يَخْلِطَـا**) أي: المشـتركانِ[١] (**المَالَيْنِ**) بحيـثُ لا يتميَّزانِ حتَّـى عندهمـا فقَطْ، وإن ذكَرَ فيه الرُّويانِيُّ احتماليْـنِ، ولعلَّه تركَه للعلْمِ به مِن اشتراطِ الاتِّفاقِ في الجنسِ والصِّفةِ، فإنَّه مع الاتِّفاقِ فيهما لا يَبْقى بعدَ خلطِهما تمييزٌ، ويُشـتَرطُ تقدُّمُ الخلْطِ على العَقْدِ، وفي تقديمِ هذا الشَّـرطِ على ما بعدَه رمـزٌ إليه، ولا يُشـتَرطُ العلْمُ بقـدْرِ كلٍّ منهما عندَ العَقْدِ إذ أمكَـنَ معرفتُه بعدَه بمُراجعةِ حسابٍ أو غيرِه ويصِحُّ تصرُّفُهما قبلَ العلْمِ.

قال الشَّـيخانِ[٢]: ولو وَرِثوا عُروضًا أو اشـتَروْها فقدْ ملَكُوها شائعةً وذلكَ أبلَـغُ مِن الخلْطِ، فإذا انضَمَّ إليه الإذْن في التَّصرُّف تمَّ العَقْدُ، ولهذا قال المُزَنِيُّ والأصحابُ: الحِيلَةُ في الشِّـرْكةِ في العُروضِ المتقوِّمةِ أن يبيعَ كلُّ واحدٍ نصْفَ عرضِـه بنصفِ عرضِ الآخَرِ، سـواءٌ تجانَـسَ العَرضانِ أوِ اختَلَفـا؛ ليصيرَ كلُّ واحدٍ منهما مشتركًا بينَهما فيتقابضا[٣]، ويأذنُ كلُّ واحدٍ لصاحبِه في التَّصرُّفِ.

وقال في «التَّتمَّةِ»: يصيرُ العَرضانِ مشتركيْنِ ويملِكانِ التَّصرُّفَ فيهما بالإذْنِ، لكن لا تثبُتُ أحكامُ الشِّـرْكةِ في الثَّمنِ حتَّى يستأنِفَا عقدًا وهو ناضٌّ، ومُقتَضى إطلاقِ الجمهورِ ثبوتُ الشِّرْكةِ وأحكامِها وهو الصَّحيحُ. انتَهى.

(وَ) **الرَّابعُ**: (**أَنْ يَأْذَنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ فِي التَّصَرُّفِ**) بالبيعِ والشِّـراءِ

---

(١) في (ج): «الشريكان».

(٢) «الشرح الكبير» (٥/ ١٨٩)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٢٧٧).

(٣) في (ج): «فيتقابضان». وكتب بهامشـها: «قولـه: فيتقابضان إن كانت علة حقيقية فبثبوت النون، وإن كانت علة غاية فبحذف النون، شيخنا محمد الجوهري».

ليحصُلَ له التَّسلُّطُ على التَّصرُّفِ، ولا يُشترَطُ تعيينُ ما يتصرَّفُ فيه ولا التَّعميمُ فيـه، بل يجوزُ الإطلاقُ، لكِنْ لو عيَّنَ جنسًـا لم يتصرَّفِ المأذونُ في غيرِه، ولا يُشـتَرطُ فيما عيَّنَه أن يعُمَّ وجودُه؛ لأنَّه توكيلٌ، ذكَرَه المَحَامِلِيُّ وغيرُه، فإن أذِنَ أحدُهمـا فقَـطْ لصاحبِه كَفَى في حصولِ الشِّـرْكةِ لكِنْ لا يتصـرَّفُ الآذنُ إلَّا في نصيبِ نفسِه.

قال السُّـبكيُّ: قال الأصحابُ: فهذه الصُّورةُ ليسَـتْ بشِرْكةٍ ولا قراضٍ، بل هي أبضاعٌ في نصيبِ الآخرِ بأن يعمَلَ فيه مجانًا.

قـال: وهذا الكلامُ مِن الأصحابِ يشِـيرُ إلى أنَّ عقْدَ الشِّـرْكةِ عندَ الإطلاقِ يقتَضِي اسـتواءَهُما في العَملِ والرِّبحِ، وهو كذلكَ، فلا يُسـمَّى عقْدَ شِـرْكةٍ إلَّا بذلكَ، سواءٌ شرَطْنا[1] صريحَ الإذْنِ أم اكتَفَيْنا بدلالةِ «اشتركنا» عليه. انتَهَى.

ولو شـرَطَ أحدُهمـا على صاحبِـه أن لا يتصرَّفَ في نصيبِ نفْسِـه لم يصِحَّ العَقْـدُ؛ لِمـا فيه مِن الحَجْـرِ على المالكِ في ملْكِـه، وأفهَمَ كلامُـه أنَّه لا يكْفِي قولُهمـا: «اشـتَركْنا» عـنِ الإذْنِ، وهـو كذلكَ؛ لقُصـورِه عنه، واحتمـالِ كونِه إخبارًا عن حصولِ الشِّرْكةِ في المالِ، ولا يلزَمُ مِن حصولِها جوازُ التَّصرُّفِ كما في المـالِ الموروثِ، نعَمْ لـو نوَيَا بقولِهما: «اشـتَركْنا» الإذْنَ في التَّصرُّفِ كَفَى كما جزَمَ به السُّـبكيُّ، وأنَّه لو وُجِدَ مُجرَّدُ الإذْنِ مع بقيَّةِ الشُّـروطِ بدونِ صيغةِ «اشتَرَكْنا» ونحوِها كَفَى، وهو متَّجِهٌ[2].

(وَ) الخامسُ: **(أَنْ يَكُونَ الرِّبْحُ وَالخُسْـرَانُ عَلَى قَدْرِ المَالَيْنِ)** باعتبارِ القيمةِ لا الأجزاءِ كما سـبقَتِ الإشـارةُ إليه، تساوَيَا في العَملِ أو تفاوَتَا فيه بأن يشترِطَا

---

(١) في (ج): «اشترطنا».

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٥٣).

ذلكَ أو يسْكُتا عنه، فإن شرَطَا خلافَه فسَدَتِ الشِّـرْكةُ، لكنِ التَّصرُّفُ صحيحٌ للإِذْنِ، ويقسَّـمُ الرِّبح علـى قدْرِ المالينِ، ولكلٍّ منهما أجـرةُ مثْلِ عمَلِه في مالِ صاحبِه على تفصيلٍ في المُطوَّلاتِ.

(وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْـخُهَا وَعَزْلُ صَاحِبِه مَتَى شَاءَ)، فإنْ فسَخَها أحدُهما بطلَـتْ وانعـزَلَا، وإن عـزَلَ أحدُهمـا فقَـطْ صاحبَـه؛ كأن قـال: «عزَلْتُك عنِ التَّصـرُّفِ» أو «لا تتصَرَّفِ في نصيبِي» لـم ينعـزِلِ العازلُ بل صاحبُه فقَطْ؛ لعدمِ ما يقتَضِـي عزْلَه، بخلافِ صاحبِه فللعازلِ التَّصـرُّفُ في الجميعِ وللمعزولِ في نصيبِه فقَطْ.

(وَمَتَـى مـات أَحَدُهُمَا) أو جُـنَّ، أو أُغمِيَ عليه، أو طرَأَ عليه حَجْرُ سَـفهٍ أو فلسٍ حيثُ لا ينفُذُ التَّصرُّفُ منهما، أو طرَأَ استرقاقٌ أو رهنٌ كما بحَثَه الإِسْنَوِيُّ (بَطَلَتْ).



(فَصْلٌ)
في الوكالة

بفتْحِ الواوِ وكسْرِها.

وهي لغةً: التَّفويضُ، وشرعًا: تفويضُ شخْصٍ أمْرَه إلى آخَرَ فيما يقبَلُ النِّيابةَ.

(وَكُلُّ مَا) بالرَّفعِ (جَازَ لِلإِنْسَانِ) مثلًا (التصرُّفُ فِيه بِنَفْسِهِ) بملْكٍ أو غيرِه (جَازَ لَهُ أَنْ يُوَكِّلَ فِيه) غيرَه (أَوْ يَتَوَكَّلَ) فيه عن غيرِه.

وكلُّ ما لا يجوزُ للإنسانِ مثلًا التَّصرُّفُ فيه كذلكَ لا يجوزُ له أن يُوكِّلَ فيه، ولا أن يتوكَّلَ فيه، فلا يجوزُ التَّوكيلُ ولا التَّوكُّلُ مِن غيرِ مكلَّفٍ إلَّا المُتعدِّي بسكْرِه، ولا مِن امرأةٍ في عقْدِ نكاحٍ ولا مِن فاسقٍ في تزويجٍ.

والمُرادُ أنَّه لابدَّ غالبًا في التَّوكيلِ بالتَّصرُّفِ في شيءٍ مِن تمكُّنِ المُوكِّلِ مِن مباشرتِه التَّصرفَ في ذلك الشَّيءِ، والوَكيلِ مِن مباشرتِه ذلكَ التَّصرُّفَ لنفسِه، لا التَّصرُّفُ في ذلكَ الشَّيءِ، وإن اقتضَت عبارتُه خلافَ ذلكَ، فيجوزُ للوَليِّ التَّوكيلُ بالتَّصرُّفِ في مالِ مُولِّيه عن نفسِه أو مُولِّيه، وكذا عنهما معًا فيما يظهَرُ، وفائدتُه عن مُولِّيه ولو مع نفْسِه فيما يظهَرُ أنَّه لو كملَ لم ينعزِلِ الوكيلُ بخلافِه عنِ الوَليِّ، وللمُكلَّفِ الرَّشيدِ أن يتوكَّلَ في التَّصرُّفِ بالبيعِ ونحوِه.

ولا يجوزُ التَّوكيلُ أو التَّوكُّلُ مِن غيرِ مُكلَّفٍ إلَّا المُتعدِّي بسُكرِه، ولا مِن امرأةٍ في عقْدِ نكاحٍ، ولا مِن فاسقٍ في تزويجٍ.

ويجوزانِ مِن عبدٍ وفاسقٍ وسفيهٍ في قبولِ النِّكاحِ دونَ إيجابِه، وقد يمتنِعُ التَّوكيلُ أو التوكُّلُ وإن جازَ التَّصرُّفُ كما في غيرِ المُجبَرِ إذا أذِنَتْ له مولِّيتُه في النِّكاحِ ونهَتْه عنِ التَّوكيلِ، والوَليِّ إذا أرادَ توكيلَ فاسقٍ في بيع أموالِ مولِّيه،

والوكيلِ إذا أرادَ التَّوكيلَ فيما يقدْرُ عليه ويليقُ به.

وقد يسوغانِ وإن لم يجُزِ التَّصرُّفُ كما في مستحقِّ قِصاصِ طرَفٍ أو حَدِّ قذفٍ، فإنَّ له التَّوكيلَ في استيفائِهما، وإنِ امتنَعَ عليه بنفْسِه، وكالمُحرمِ له أن يتوكَّلَ عنِ الحلالِ في التَّوكيلِ في النِّكاحِ، وأن يُوكِّلَ فيه إن قال بعدَ التَّحلُّلِ أو أطلَقَ، بخلافِ ما إذا قُيِّدَ بحالِ الإحرامِ.

وقد يُتوهَّمُ نظيرُ هذا التَّفصيلِ في الصَّبيِّ والسَّفيهِ، حتَّى يجوزَ توكيلُهما بنحْوِ البيعِ ليأتِيا بِه بعدَ البلوغِ والرُّشدِ، والأوْجَهُ خلافُه؛ لعَدمِ أهليَّتِهما لذلكَ التَّصرُّفِ، وإلغاءِ الإذْنِ لهما فيه، بخلافِ المُحرمِ؛ لوجودِ أهليَّتِه وعروضِ المانعِ مِن التَّصرُّفِ، والمُشتَري يُوكِّلُ بإذْنِ البائعِ مَن يقبِضُ الثَّمنَ منه، وإنِ امتنَعَ قبَضَه مِن نفسِه، والأعمى يُوكِّلُ في سائرِ العُقودِ المُتوقِّفةِ على الرُّؤيةِ مع امتناعِها منه بنفْسِه، والمَرأةُ تتوكَّلُ عنِ الزَّوجِ في الطَّلاقِ أو عنِ الوَليِّ لتُوكِّلَ رجلًا في تزويجِ مولِّيتِه، والكافرُ يتوكَّلُ عنِ المُسلمِ في شراءِ مسلمٍ، والصَّبيُّ المُميزُ المأمونُ يتوكَّلُ في إيصالِ هديَّةٍ أو إذْنٍ في دخولٍ أو طلبٍ لوليمةٍ، فيجوزُ قبْضُ الهديَّةِ منه والتَّصرُّف فيها، ويجِبُ الحضورُ إلى الوليمةِ، حتَّى لو قالَتْ أمةٌ مميِّزةٌ لرجلٍ: «أُهدِيتُ إليكَ» فله قبولُها والتَّصرُّفُ فيها ولو بالاستمتاعِ حيثُ ظَنَّ صدْقَها مع عدم ثبوتِ تلك التَّصرُّفاتِ للمذكورينَ.

ويُشترَطُ في الوكيلِ أيضًا أنْ يكونَ معيَّنًا، فلو قال: «أذِنْتُ لكلِّ مَن أرادَ بيْعَ داري أن يبيعَها»، أو قال لرَجلَيْنِ: «وكَّلْتُ أحدَكُما ببيعِ[1] داري» لم يصِحَّ.

(**والوَكالَةُ عَقْدٌ جَائِزٌ**) منَ الجانبيْنِ؛ لأنَّها إنابةٌ فلا تلزَمُ للإضرارِ، نعَمْ إن شُرِطَ[2] فيها جعلٌ معلومٌ واجتمعَتْ شرائطُ الإجارةِ وعُقِدَتْ بلفْظِ الإجارةِ قال

(١) في (ج): «في بيع».

(٢) في (ج): «اشترط».

الشَّيخانِ[١]: أمكَنَ تخريجُه على أنَّ الاعتبارَ بصيغِ العُقودِ أم بمعانِيها. انتَهى.

وهما احتمالانِ نقلَهما الرُّويَانِيُّ وجهينِ، وصحَّحَ منهما الأوَّلَ كما هو القاعدةُ الغالبةُ في ذلكَ[٢].

(وَ) لجوازِها منَ الجانبيْنِ يجوزُ **(لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا)** أي: منَ المُوكِّلِ والوَكيلِ **(فَسْخُهَا مَتَى شَاءَ)** كقولِ المُوكِّلِ: «عزَلْتُه» أو «رفَعْتُ الوَكالَةَ» أو «أبطلتُها» أو «أخرجتُه عنها» وقولِ الوَكيلِ: «عزلتُ نفسي» أو «أخرجتها عن الوكالةِ» أو «ردَدْتُها».

(وَ) لذلكَ أيضًا **(تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا)** أو جُنونِه، أو إغمائِه، أو رقِّه؛ كأنْ كان حَربيًّا فاستُرِقَّ، أو فسقِه فيما يُعتبرُ فيه العَدالةُ، أو الحَجْرِ عليه بسفَهٍ أو فلَسٍ فيما لا ينفذُ معَهما، وفي الأخيرِ إشكالٌ؛ لأنَّ الحَجْرَ بالفَلَسِ لا يُؤثِّرُ في التَّصرُّفِ عن غيرِه؛ لأنَّه لا يُنافِي التَّصرُّفَ في أموالِ غيرِه مُطلقًا، إلَّا أن يُصوَّرَ بنحوِ ما لو وكَّل زيدًا في شراءِ شيءٍ بعَينٍ مِن أعيانِ زيدٍ فحُجِرَ على زيدٍ بالفَلَسِ، وفيه نظرٌ؛ لإمكانِ إتيانِه بذلكَ التَّصرُّفِ بعد فكِّ حَجْرِه مع بقاءِ ملْكِ العَينِ، فإنْ فُرِضَ أنَّه قيَّدَ التَّصرُّفَ المُوكَّلَ فيه بوقْتٍ معيَّنٍ وقَعَ الحَجْرُ فيه، فالانفساخُ لفَواتِ وقتِ التَّصرُّفِ دونَ مُجرَّدِ الحَجْرِ.

قال ابنُ الرِّفْعَةِ: والصَّوابُ أنَّ المَوتَ ليس بانعزالٍ، بل تنتَهِي الوَكالَةُ به كالنِّكاحِ[٣]. انتَهى.

ويُمكِنُ أن يُجابَ بأنَّهم أرادُوا بالعَزلِ والانفساخِ ما يشمَلُ الانتهاءَ، ولا يتوقَّفُ انعزالُ الوكيلِ على نحوِ علْمِه بعَزْلِ المُوكِّلِ، قال في «الرَّوضَةِ»[٤] و«أصْلِها»[٥]:

(١) «الشرح الكبير» (٥/ ٢٥٦)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣٣٢).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٧٨).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٧٩).

(٤) «روضة الطالبين» (٤/ ٣٣٠).

(٥) «الشرح الكبير» (٥/ ٢٥٤).

وينبَغِـي للمُوكِّلِ إذا عزَلَ الوكِيلَ فِي غيبتِه أن يُشهِدَ علـى العَزْلِ؛ لأنَّ قولَه بعدَ تصرُّفِ الوكِيلِ: «كنْتُ عزَلْتُه» لا يُقبَلُ.

ومحلُّه إذا أنكَرَ الوكِيلُ العَـزْلَ؛ لقولِ الرَّافعيِّ في اختلافِ المُوكِّلِ والوكِيلِ: ولـو صدَّقَه المُـوكِّلُ في البيعِ ونحْوِه، ولكنْ قال: «كنْـتُ عزَلْتُك قبلَ التَّصرُّفِ» وقال الوكِيـلُ: «بل كان العَزْلُ بعدَ التَّصرُّفِ» فهو كما لو قال الزَّوجُ: «راجعْتُكِ قبلَ انقضاءِ العِدَّةِ»، وقالَت: «انقضَتْ عدَّتِي قبلَ أن تراجِعَني». انتَهى.

وينبَغِي كما قال شيخُ مشايخِنا[1] أنْ يكونَ هذا بالنِّسبةِ إليهما، أمَّا بالنِّسبةِ إلى الثَّالثِ كالمُشترَي مِن الوكِيل فلا يُصدَّقُ المُوكِّلُ في حقِّه مُطلقًا، وفي ذكْرِ العَقْدِ إشـعارٌ باعتبارِ الصِّيغةِ فيها فلا تنعقِدُ إلَّا بإيجابٍ مِن المُوكِّلِ كـ «وكَّلْتُك بكذا» أو «فوَّضـتُ إليكَ كذا» أو «بِعْ» أو «أعتِقْ كذا» سـواءٌ أكانَ مُشـافهَةً أم كتابَةً أم رسالَةً، لكنْ لا يُشتَرطُ فيها قبولٌ لفظًا بل يكْفِي عدمُ الرَّدِّ حتَّى لو قال: «لا أقبَلُ ولا أفعَلُ» بطَلَتْ، فلو ردَّ ثُمَّ ندِمَ وأرادَ أن يفعَلَ لم يجُزْ، ولو وكَّلَه وهو لا يعلَمُ ثبتَتْ وكالَتُه، حتَّى لو تصرَّفَ قبلَ العلْمِ ثُمَّ بانَ وكِيلًا صحَّ تصرُّفُه.

(وَالوَكِيـلُ) بجُعْلٍ أو متبرِّعًا **(أَمِينٌ فِيمَا يَقْبِضُـهُ)** بجهةِ الوَكالَةِ مِن نحْوِ ثمَنٍ وإن لـم ينُصَّ له على قبْضِه إذا كان حالًّا؛ لأنَّه يملكُه بالتَّوكِيلِ في البيعِ؛ لأنَّه مِن توابعِه، بخلافِ المُؤجَّلِ لا يملِكُ قبْضَه إلَّا بإذْنٍ مسـتأنَفٍ وحقٍّ وُكِّلَ في قبْضِه، بخـلافِ التَّوكِيـلِ في إثباتِه لا يملِكُ به قبْضَـه، فلو وكَّلَ في طلَبِه قـال الرُّويانِيُّ: فالقياسُ أنَّه ليس له قبْضُه، وظاهرُ المَذهَبِ: له قبْضُه[2]. انتَهى.

وأفْتَـى ابنُ الصَّـلاحِ[3] بأنَّه لو وكَّلَـه بالمُطالبةِ بحُقوقِه دخَلَ فيهـا ما يتجدَّدُ

---

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ٢٧٩). (٢) «بحر المذهب» (٦/ ٧٨).

(٣) «فتاوى ابن الصلاح» (٢/ ٦٠٠).

ودخَلَ فيما يقبِضُه: ما يقبِضُه عن جهَةٍ مضمنةٍ.

وفي «فتاوي البَغويِّ»: لو بعَثَ رسولًا إلى بزَّازٍ ليأخُذَ ثوبًا أي: سَومًا، ففعَلَ، ثُمَّ أنكرَ المُرسِلُ هل يجِبُ الضَّمانُ على الرَّسولِ؟ قال: إنْ أخبَرَ البزَّازَ بأنِّي رسولُ فلانٍ فصدَّقَه فدفَعَ إليه لا ضمانَ على الرَّسولِ، أي: لو تلِفَ في يدِهِ. انتَهَى.

ومُقتضاه كما قال بعضُهم: أنَّه لو لم يُنكِرِ المُرسلُ ضمِنَه دونَ الرَّسولِ.

(**وَفِيمَا يَصْرِفُهُ**) في نحوِ المَبيعِ[1] وأداءِ الحَقِّ والصَّدقَةِ المُوكِّلِ فيها، (**وَ**) لكونِه أمينًا فيما ذُكِرَ يُقبَلُ قوْلُه بيمينِه في تلَفِ المالِ وردِّه على المُوكِّلِ وإن كان بجُعْلٍ.

و(**لَا يَضْمَنُ**) ما يقبِضُه ولا يصرِفُه فيما ذُكِرَ (**إِلَّا بِتَفْرِيطٍ**) منه فيه؛ كأنْ ركِبَ الدَّابَّةَ، أو لبِسَ الثَّوبَ، أو سلَّمَ المَبيعَ قبلَ قبْضِه الثَّمنَ الحالَّ، أو الثَّمنَ الحالَّ قبلَ قبضِ المَبيعِ، أو ضاعَ الثَّوبُ على الدَّلالِ وجهِلَ سببَ ضياعِه أهوَ سرقتُه أو سقوطُه أو نسيانُه بموضعٍ أو تسليمُه للمُشتَري كما في «فتاوي البَغويِّ».

أو امتنَعَ من التَّخليةَ بينَ المُوكِّلِ ومالِه بعدَ طلبِه، فلو كان مشغولًا بنحْوِ طعامٍ أو صلاةٍ أو خافَ فوْتَ جماعةٍ أو جمعةٍ، قال الرُّويانِيُّ[2]: أو كان مشغولًا بشراءٍ أو بيعٍ يتضَرَّرُ بترَكِه، أو كان ليلًا وهو في الدُّكَّانِ فله أن يصبِرَ إلى أن يَفرَغَ، ولا يأثَمُ بهذا التَّأخيرِ.

فلو تلِفَ في هذه المُدَّةِ فقد رَوَى الإمامُ والغَزَاليُّ عنِ الأصحابِ أنَّه لا يضمَنُ وهو ما في كُتبِ العِراقيِّينَ، وفصَّلَ الإمامُ فقال: إن تلِفَ في مدَّةِ التَّأخيرِ بسببٍ يتلَفُ به لو كان عندَ المالكِ لم يضمَنْ، وإن تلِفَ مِن التَّأخيرِ ضمِنَ، واختارَه الغَزَالِيُّ، وحُمِلَ ما نقلَه عنهم عليه، ولو تلِفَ بعدَ التَّأخيرِ فادَّعى المُوكِّلُ أنَّ

---

(١) في (ج): «البيع».

(٢) «بحر المذهب» (٦/ ٤٩).

التَّأخيـرَ بلا عُذْرٍ وادَّعى الوَكِيلُ أنَّه بعُذْرٍ، أو قال: «لم تطالِبْني» صُدِّقَ الوَكِيلُ، ولو وكَّلَه بالبيعِ فأخَّرَه حتَّى تلِفَ أو بتسليمِ مالٍ إلى فلانٍ فأخَّرَ مع القُدرةِ حتَّى تلِفَ لم يضمَنْ.

ولو دفَعَ ثوبًا إلى بزَّازٍ ليبيعَه جازَ له الدَّفعُ إلى الدَّلالِ ليعرِضَه على البيعِ كما في «الأنوارِ»[1].

وفيـه أنَّـه لو دفَعَ دابَّةً إلى دلَّالٍ ليبيعَها فركِبَها لا للانتفاعِ لم يضمَنْ، فإن أرادَ أنَّه ركِبَها لمَصلحَةٍ نحو حفْظِها أو سَوْقِها فواضحٌ.

ولا ينعزِلِ الوكِيلُ بالتَّفريطِ كما يُشـعِرُ به اقتصارُه مع التَّفريطِ على الضَّمانِ، بـل يصِحُّ تصرُّفُـه، ولا يلزَمُ مِن ارتفـاعِ الأمانةِ ارتفـاعُ أصْلِ الوَكالَـةِ كالرَّهنِ، بخلافِ الوَديعةِ؛ لأنَّها محضُ ائتمانٍ.

وإذا باعَ وسلَّمَ المَبيعَ زالَ عنه الضَّمانُ؛ لأنَّه أخرَجَه مِن يدِه بإذْنِ المالكِ، ولا يزولُ بمُجرَّدِ البيعِ، والثَّمنُ الذي يقبِضُه غيرُ مضمونٍ عليه؛ لأنَّه لم يتعَدَّ فيه.

ولـو رُدَّ عليـه المَبيـعُ بعَيبٍ عـادَ الضَّمانُ، ولو دفَـعَ إليه دراهِـمَ ليتصدَّقَ بها فتصدَّقَ ونَوَى نفْسَه لغَتْ نيَّتُه ووقَعَتِ الصَّدقةُ للأمرِ، والمَنفيُّ ضمانُ الاستقرارِ؛ لأنَّه المُتبادَرُ مِن إطلاقِ الضَّمانِ، وإلَّا فقدْ يكونُ طريقًا في الضَّمانِ بدونِ تفريطٍ، كمـا لو وكَّلَه بالبيعِ فباعَ وقبَضَ الثَّمنَ فتلِفَ في يـدِه أو يدِ مُوكِّلِه ثُمَّ خرَجَ المَبيعُ مستحقًّا، فإنَّ المُستحِقَّ يرجِعُ بالثَّمنِ على مَن شاءَ منهما، والقَرارُ على المُوكِّلِ.

أو وكَّلَـه بالشِّـراءِ فقبَضَ المَبيـعَ فتلِفَ في يدِه أو يـدِ مُوكِّلِه ثُمَّ بانَ مسـتحقًّا فللمُسـتحِقِّ مطالبةُ مَن شاءَ ببدَلِ المَبيعِ مِن مثْلٍ أو قيمةٍ، والقَرارُ على المُوكِّلِ،

(١) «الأنوار» (١/ ٣٥٥).

ولو كان الشِّـراءُ فاسـدًا وتلِفَ المَبيـعُ في يدِه أو يدِ مُوكِّلِـه ضمِنَه لمالكِه ورجَعَ على مُوكِّلِه؛ لأنَّ قرارَ الضَّمانِ عليه كما قاله الشَّيخانِ، واستُشكِلَ فيما إذا تلِفَ في يدِه بأنَّ الصَّوابَ عدَمُ الرُّجوعِ؛ لأنَّ الشِّـراءَ الفاسِـدَ غيرُ مأذونٍ فيه، ولو أذِنَ فيه فلا عبْرةَ بالإذْنِ(١).

وأجابَ شـيخُ مشايخِنا(٢) بأنَّ فاسـدَ كلِّ عقدٍ كصحيحِه في الضَّمان وعدمِه، وبأنَّ يدَه فيما وُكِّلَ فيه كيَدِ مُوكِّلِه؛ لأنَّه أمينُه.

أو وكَّلَه بالبيعِ فباعَ بثمَنٍ في الذِّمَّةِ واستَوْفاه ودفعَه إلى المُوكِّلِ وخرَجَ مُستحقًّا أو معيبًا فردَّه فللمُوكِّلِ أن يطالِبَ المُشتَريَ بالثَّمنِ، وله أن يُغرِّمَ الوكِيلَ لأنَّه صارَ مسلمًا للمبيعِ قبلَ أخْذِ عوضِه، وفيما يغرِّمُه وجهانِ، أصحُّهما: قيمةُ العَينِ؛ لأنَّه فوَّتَها، والثَّاني: الثَّمنُ؛ لأنَّ حقَّه انتَقَل إليه. فإن قلْنا بالأوَّلِ فأخَذَ منه القيمةَ طالَبَ الوكِيلُ المُشتَريَ بالثَّمنِ، فإذا أخَذَه دفعَه إلى المُوكِّلِ واستَردَّ القيمةَ.

(**وَلا يَجُوزُ**) للوكِيلِ في البيعِ والشِّـراءِ عندَ إطـلاقِ المُوكِّلِ بأن لم يُقيِّدْ بثَمنٍ ولا حُلولٍ ولا تأجيلٍ ولا نقْدٍ، واقتصَرَ على مُجرَّدِ الإذْنِ في البيعِ أو الشِّراءِ (**أَنْ يَبِيعَ، وَ**) لا أنْ (**يَشْتَرِيَ إِلَّا بِثَلَاثَةِ شَرَائِطَ**):

أحدُها: أنْ يكونَ البيعُ والشِّراءُ (**بِثَمَنِ المِثْلِ**) فأكثَرَ في الأوَّلِ، وفأقَلَّ في الثَّاني حسـبَ ما يُمكِنُ، فإن نقَصَ عنه في الأوَّلِ أو زادَ عليه في الثَّاني لم يصِحَّ البيعُ أو الشِّـراءُ، نعَمْ إن نقَصَ عنه في الأوَّلِ بقدْرٍ يُتسـامَحُ به في المُعاملَةِ غالبًا لم يضُرَّ، ومحلُّه فيما يظهَرُ حيثُ لم يُوجَدْ راغبٌ بالتَّمامِ، وإن أوهَمَ كلامُ شيخِ مشايخِنا خلافَه؛ إذْ لا وجْهَ لتجويزِ الإعراضِ عنِ الزِّيادةِ مع وجودِ باذلِها.

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٧٨).
(٢) «أسنى المطالب» (٢/ ٢٧٨).

أو زادَ عليه في الثَّاني بالقدْرِ المذكورِ، فكما لو نقَصَ عنه في الأوَّلِ فيما يظهَرُ، لكن هل محلُّه عندَ الجهلِ بالحالِ، وإلَّا لم يصِحَّ أيضًا؟ أو حيثُ لا يتأتَّى الشِّراءُ بدونِه وإن علِمَ الحالَ؟ فيه نظرٌ، ولعلَّ الثَّانيَ أقربُ.

والثَّاني: أنْ يكونَ الثَّمنُ (**نَقْدًا**) أي: حالًّا.

والثَّالثُ: أنْ يكونَ البيعُ أو الشِّراءُ (**بِنَقْدِ البَلَدِ**) أي: بلدِ البيعِ لا بلدِ التَّوكِيلِ، نعَمْ إن سافَرَ بما وُكِّلَ فيه إلى بلَدٍ بغيرِ إذْنٍ وباعَه فيها اعتُبِرَ نقْدُ بلدٍ حقُّه أن يبيعَ فيها، كذا قرَّرَه شيخُ مشايخِنا[1] تبعًا للسُّبكيِّ وغيرِه، والأوْجَهُ أنَّهم أرادُوا ببَلَدِ البيعِ ما يصِحُّ البيعُ فيه مِن غيرِ ضَمانٍ، لا مُطلقًا كما يُفْهِمُه الاستدراكُ المذكورُ.

وقد تلخَّصَ من كلام الشَّيخينِ[2] أنَّه لو قال: «بعْ في بلدِ كذا» تعيَّنَ البيعُ فيه، وبطَلَ في غيرِه، إن لم يقدِّرِ الثَّمنَ، أو نهاه عنِ البيعِ في غيرِه، (والأصح البيع في غيره)[3] وإن صارَ ضامنًا بالنَّقلِ، وأنَّه لو أطلَقَ التَّوكِيلَ في البيعِ في بلدٍ فيبيعَ فيه، فإنْ نقَلَه إلى غيرِه ضمِنَ أي: وإن صحَّ البيعُ.

وكبلدِ البيع بلدُ الشِّراءِ في صورةِ الشِّراءِ فيما يظهَرُ قياسًا على صورةِ البيعِ، وهو مُقتَضى كلامِ المُصنِّفِ وإن لم أرَهُ نصًّا، فإن كان بالبلدِ نقدانِ لزِمَه في صورةِ البيعِ، وكذا في صورةِ الشِّراءِ فيما يظهَرُ قياسًا على البيعِ بأغلَبِهما، فإنِ استَوَيَا يُخيَّرُ بينَهما، فإن باعَ بهما معًا قال الإمامُ والغَزَاليُّ: جازَ، وإن كان في عقْدٍ واحدٍ، فإنْ نقَصَ عن ثَمنِ المِثلِ مثلًا في صورةِ البيعِ أو زادَ عليه في صورةِ الشِّراءِ، أو باعَ بمُؤجَّلٍ، أو بغيرِ نقْدِ البلدِ لم يصِحَّ البيعُ أو الشِّراءُ، لكنَّه لا

---

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ٢٦٧).

(٢) «الشرح الكبير» (٥/ ٢٣٨)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣١٥).

(٣) زيادة من (ع)، (هـ).

يصِيرُ ضامنًا للمَبيعِ أو الثَّمنِ ما لم يسلمْه للمُشتَري أو البائعِ، فإنْ سلَّمَه ضمِنَ فيستَردُّه إن بقِيَ، وإلَّا غرَّمَ المُوكِّلُ بدَلَه مَن شاءَ مِن الوكِيلِ والمُشتَري أو البائعِ، والقرارُ عليه.

وإذا استَردَّه فله بيْعُه بالإذْنِ السَّابقِ، بخلافِ ما لو ردَّ عليه بعَيبٍ أو فسْخٍ، والخيارُ للمُشتَري وحدَه لا يبيعُه ثانيًا إلَّا بإذْنٍ جديدٍ؛ لوجودِ العَقْدِ الصَّحيحِ النَّاقلِ للملْكِ هنا لا هناكَ أي: في صورةِ البيعِ.

وقضيَّةُ إطلاقِ المُصنِّفِ امتناعُ البيعِ بغيْرِ نقْدِ البلدِ، وإن كان أحظَّ للمُوكِّلِ أو لا حظَّ له في غيرِه، وبالمُؤجَّلِ وإن كان لحفْظِ الثَّمنِ مؤنةٌ في الحالِ، أو كان الوقْتُ وقْتَ نهبٍ أو سرقةٍ، والشِّراءُ بالمُؤجَّلِ، لكنِ الذي في «الرَّوضَةِ»[1] و«أصْلِها»[2] أنَّه لوِ اشترَى الوكِيلُ بالشِّراءِ مُطلقًا نسيئةً بثَمنِ مثْلِه نقدًا جازَ؛ لأنَّه زادَ خيرًا، وللمُوكِّلِ تفريغُ ذمَّتِه بالتَّعجيلِ. انتَهَى.

فيُمكِنُ حمْلُ ما اقتضاه كلامُ المُصنِّفِ على ما لو زادَتِ النَّسيئةُ على النَّقدِ وبغيرِ نقْدِ البلدِ وإن كان أحظَّ للمُوكِّلِ ولا حظَّ له في غيرِه، ولا يبعُدُ الفَرقُ بينَ الشِّراءِ والبيعِ في هذا.

وبما تقرَّرَ في شرْحِ كلامِه يُعلَمُ أنَّ تقييدَه بثمَنِ المِثْلِ إنَّما هو للاحترازِ في صورةِ البيعِ عنِ النُّقصانِ فقَطْ، ولأنَّه يمتنِعُ النَّقصُ عنه وإن لم يوجَدْ راغبٌ، بخلافِ ما زاد فليس له الاقتصارُ عليه مع وجودِ راغبٍ بزيادةٍ، بل لو ظهَرَ راغبٌ بها قبلَ لزومِ العَقْدِ وجَبَ فسْخُ البيعِ، فإن لم يفسَخْه انفسَخَ.

نعَمْ إن عيَّنَ المُشتَريَ أو نهاه عنِ الزِّيادةِ امتنَعَتِ الزِّيادةُ عليه، وفي صورةِ

---

(١) «روضة الطالبين» (٤/ ٣١٨).

(٢) «الشرح الكبير» (٥/ ٢٤٠).

الشِّـراءِ عنِ الزِّيادةِ عليه فقَطْ فله النَّقصُ عنه، وإن عيَّنَ المُوكِّلُ البائعَ، بل يجِبُ بقدْرِ الإمكانِ كما هو ظاهرٌ.

وخرَجَ بإطلاقِ المُوكِّلِ: ما لو قُيِّدَ بشيءٍ ممَّا تقدَّم، فيتبع، نعَمْ إن وُجِدَ راغبٌ بزيادةٍ على ما عيَّنَه تعيَّنَ البيعُ بها إن لم ينْهَهُ عنها ولا عيَّنَ المشـتريَ، وإلَّا امتنَعَ البيـعُ بها، أو قال له: «بعْ بالمؤجَّلِ» فباعَ بالحالِّ، أو بمؤجَّلٍ بأجلٍ أقصَرَ بقيمتِه مؤجَّـلًا بذلكَ الأجلِ، أو بالثَّمنِ الذي قدَّره لـه المُوكِّلُ، ولا غرَضَ للمُوكِّلِ في ذلكَ الأجلِ، أو «اشْتَرِ بحالٍّ» فاشْتَرى بمُؤجَّلٍ بقيمةِ الحالِّ ولا غرَضَ للمُوكِّلِ صحَّ، وإلَّا فلا.

وحيـثُ قُيِّدَ بالأجـلِ[1] فإن بيَّنَ قدْرَه فذاكَ، وإلَّا عمِـلَ بالعُرفِ في مثْلِ ذلكَ المَبيعِ، فإن لم يكُنْ فيه عُرفٌ فبالأنفعِ للمُوكِّلِ، فإن لم يكُنْ أنفَعَ تخيَّرَ، وقياسُ وجوبِ الإشـهادِ على عاملِ القِراضِ في البيعِ بالمُؤجَّـلِ وجوبُه هنا، وبه صرَّحَ القاضي، قال: فإن ترَكَه ضمِنَ.

وقال الرُّويانيُّ: إذا باعَه إلى مدَّةٍ وقلْنا: يجِب الإشـهادُ فلم يشـهَدْ، لكن أخذَ خطَّه، وقاضي البلد يَرَى العَملَ بالخَطِّ هل يضمَنُ؟ يحتملُ وجهيْنِ، والمَذهبُ أنَّه يضمَنُ. انتَهى.

وإذا حـلَّ الأجلُ لم يكُنْ له قبضُ الثَّمنِ إلَّا بـإذْنٍ جديدٍ، بخلافِ ما لو وُكِّلَ بالبيعِ مُطلقًا، فله قبْضُ الثَّمنِ الحالِّ إن لم يمنَعْه مِن قبْضِه.

(**وَلَا يَجُـوزُ**) للوكِيلِ في البيعِ أو الشِّـراءِ (**أَنْ يَبِيعَ**) ولا أن يشـتَرِيَ ما وُكِّلَ في بيعِه أو شـرائِه (**مِنْ نَفْسِـهِ**) ولا مُولِّيـه، وإن أذِنَ المُوكِّلُ وقـدَّرَ الثَّمنَ ونَهى عنِ

(١) في (ج)، (ن): «بالمؤجل».

الزِّيادةِ؛ لتضادِّ غرَضي الاسترخاصِ لهما والاستقصاءِ للمُوكِّلِ، ولأنَّ الأصْلَ امتناعُ اتِّحادِ المُوجبِ والقابلِ وإنِ انتفَتِ التُّهمةُ، ولهذا لو وكَّلَه ليهَبَ مِن نفسِه لم يصِحَّ، وإنِ انتفَتِ التُّهمةُ، فاندفَعَ ما بحَثَه ابنُ الرِّفْعَةِ وغيرُه هنا.

فلوِ اشْتَرى من نفسِه وسلَّمَه المُوكِّلُ فأتْلَفَه ضمِنَه، بخلافِ ما لوِ اشْتَرى الوَصِيُّ من نفسِه طعامًا لمحجورِه وأطعَمَه إيَّاه لا يضمَنُه المحجورُ.

وكنَفسِه ومُولِّيه: عبدُه المأذونُ له في التِّجارةِ وإن كان مديونًا، وألحقَ به عامِلَه في القِراضِ إذا باعَه لجِهةِ القِراضِ، وخرَجَ بهم: غيرُهم؛ كالكاملين مِن أصولِه وفروعِه، وأصولِ موكِّلِه وفروعِهم ومكاتبيهم، وكمُولِّيه الذي ليس تحتَ حجْرِه، فله البيعُ لوَليِّه له، وقيّدَ أخذًا مِن كلامِ النَّوويِ في تعليقِه على «التَّنبيهِ» بما إذا قدَّرَ المُوكِّلُ الثَّمنَ ومنَعَ مِن الزِّيادةِ.

ولو توكَّلَ في تزويجٍ أو استيفاءِ حدٍّ غيرَ قطعِ سرقةٍ أو قصاصٍ أو دَينٍ مِن نفسِه لم يجُزْ، وكذا في قطْعِ سَرقةٍ مِن نفسِه كما صرَّحَ به الشَّيخانِ هنا، لكنَّهما صرَّحا في بابِ استيفاءِ القِصاصِ بخلافِه، أو في طَرفي نحوِ عقْدٍ لم يجُزْ، وله اختيارُ أحدِهما، أو في إبراءِ نفْسِه أو إعتاقِها أو العَفوِ عنها مِن القِصاصِ وحدِّ القَذفِ جازَ.

وفي صورةِ الإبراءِ قال ابنُ سُرَيجٍ: يُشترَطُ إبراءُ نفْسِه في الحالِ، فإنْ أخَّرَ لم يصِحَّ؛ لأنَّ فيه معنى التَّمليكِ. وقال السُّبكيُّ: ينبَغِي ألَّا يُشترَطَ الفَورُ لا سيَّما إن كان ذلكَ بلفْظِ الوَكالَةِ.

(**وَلَا**) يجوزُ لمَنْ وُكِّلَ في خُصومةٍ أن (**يُقِرَّ عَلَى مُوَكِّلِهِ**) المُدَّعى عليه أو المُدَّعي بما يُبطِلُ حقَّه، من نحْوِ قبضٍ أو إبراءٍ أو قبولِ حوالةٍ أو مصالحةٍ أو تأجيلِ الحقِّ، سواءٌ أقَرَّ في مجلس الحكمِ أم في غيرِه، كما لا يجوزُ إبراؤُه ولا

مصالحتُـه؛ لأنَّ اسـمَ الخُصومةِ لا يتناوَلُهمـا، ولا تعديلُه بيِّنـةَ المُدَّعِي، ومثْلُه تعديلُه بيِّنةَ المُدَّعى عليه؛ لأنَّه كالإقرار في كونِه قاطعًا للخُصومةِ، وليس للوكِيل قطْعُ الخُصومةِ بالاختيارِ، وينعزِلُ بالإقرارِ والتَّعديلِ دونَ الإبراءِ والمُصالحةِ.

ووكِيـلُ المدَّعـي يدَّعِي ويحلِـفُ الخَصْـمُ، أو يُقيـمُ البيِّنةَ ويثبِـتُ عدالَتَها ويطلُبُ الحكمَ، ويفعلُ سـائرَ ما هو وسـيلةٌ إلى الإثباتِ، ووكِيلُ المُدَّعى عليه ينكِرُ ويطعَنُ في الشُّهودِ ويدافعُ جهْدَه.

وتُقبلُ شـهادةُ الوكِيلِ على المُوكِّلِ، وكذا لـه فيما ليس وكِيلًا فيه لا فيما هو وكِيـلٌ فيه، إلَّا إن عُزِلَ قبلَ الخَوضِ في الخُصومةِ، ولوِ اعترَفَ الخَصْمُ بالوَكالَةِ فللوكِيلِ مخاصمته لكن ليس للحاكمِ أن يحكُمَ بالوَكالَةِ كما قاله الهرويُّ[1].

وللخَصْمِ أن يمتنِعَ مِن مخاصمتِه حتَّى يقِيمَ بيِّنةً بوكالتِه، قال البُلْقِينيُّ: وفائدةُ جوازِ المُخاصمةِ مع جوازِ الامتناعِ فيها إلزامُ الحقِّ للمُوكِّلِ لا دفْعُه للوكِيلِ[2].

أي: لأنَّـه قد يُجِيبُ إلـى المُخاصمَةِ فيلزَمُ الحقُّ بحكْـمِ الحاكمِ، ولا يجِبُ عليه دفْعُه للوكِيلِ بدونِ إثباتِ وكالتِه.

قال شـيخُ مشـايخِنا: ولعلَّ مِن فوائدِه أيضًا أنَّه لو أقامَ بيِّنةً بوكالتِه لا يحتاجُ الخصْمُ[3] في إلزامِه الخصمَ بالدفعِ للوكِيلِ إلى إعادةِ الدَّعوى[4].

بخـلافِ مـا لو لم يعتَرِفْ بها فـلا يخاصِمُه، لكن له تحليفُه أنَّـه لا يعلَمُها إنِ ادَّعى أنَّه وكِيلٌ في الخُصومةِ، لا إنِ ادَّعى أنَّه وكِيلٌ في الاسـتيفاءِ؛ لأنَّه لو صدَّقَه لم يلزَمْه دفَعُ الحقِّ إليه، وللوكِيل إثباتُ الوَكالَةِ في غَيبةِ الخَصمِ ولو في البلدِ ولو

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٧٣).
(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٧٤).
(٣) في «أسنى المطالب»: «الحاكم».
(٤) «أسنى المطالب» (٢/ ٢٧٤).

بدونِ نصْبِ مُسخَّرٍ وتقدُّمِ دعوى حقِّ المُوكِّلِ على الخَصمِ، وإذا سمِعَ القاضي دَعْوى الوكِيلِ قبلَ إثباتِه الوَكالَةَ ظانًّا أنَّه يدَّعِي لنفسِه ثُمَّ أثبَتَ وكالتَه استأنَفَ الدَّعوى، قاله القاضي[1].

قلْتُ: ولعلَّ الجَمعَ بينَ هذا وما تقرَّرَ قبْلَه المُصرِّحِ بصحَّةِ الدَّعوى قبلَ إثباتِ الوَكالَةِ أنَّ ذاك عندَ علْمِ القاضي بأنَّه يدَّعِي بالوَكالَةِ، بخلافِ هذا.

ولو أثبَتَ المُدَّعي المالَ في وجْهِ وكِيلِ الغائبِ فحضَرَ وادَّعى عزْلَه، أو أنكَرَ وكالتَه لم تُسمَعْ منه؛ لأنَّ الحكمَ على الغائبِ جائزٌ.

قلْتُ: فهل يُقيَّدُ بما إذا توفَّرَت شروطُ الحكمِ على الغائبِ (**إلَّا بإذْنِهِ**) أي: المُوكِّلِ له في الإقرارِ عليه فيجوزُ؛ لأنَّه قولٌ يلزَمُ به الشَّراءُ فأشبَهَ الشِّراءَ وسائرَ التَّصرُّفاتِ، وقيلَ: لا يجوزُ؛ لأنَّه إخبارٌ عن حقٍّ فلا يَقبلُ التَّوكِيلَ كالشَّهادةِ. قال الشَّيخانِ وغيرُهما: وهو الأصحُّ عندَ الأكثرين.

وعليه: فهل يجعلُ مُقرًّا بنفسِ التَّوكِيلِ أو جهْلِ أحدِهما؟ نَعَمْ، وهو قولُ ابنِ القاصِّ واختارَه الإمامُ، وفي «الرَّوضَةِ»[2] أنَّه أصحُّ عندَ الأكثرين.

وصورتُه: أن يقولَ: «وكَّلْتُك لتقِرَّ عنِّي لفلانٍ بكذا» فلو لم يقُلْ: «عنِّي» لم يجُزْ، كما قاله القاضي، ولو قال: «أقِرَّ لفلانٍ عليَّ بألفٍ» لم يكُنْ إقرارًا قطعًا، صرَّحَ به صاحبُ «التَّعجيزِ»، «أو أقِرَّ عنِّي لفلانٍ بألفٍ له عليَّ» فهو إقرارٌ قطعًا كما نقَلَه في «زيادةِ الرَّوضَةِ» عنِ الجُرْجَانِيِّ وغيرِه[3].



(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٧٤). (٢) «روضة الطالبين» (٤/ ٢٩٣).
(٣) «روضة الطالبين» (٤/ ٢٩٣).

(فَصْلٌ)
في الإقرار

وهو لغةً: الإثباتُ، مِن قرَّ الشَّيءُ يقِرُّ قرارًا إذا ثبتَ.

وشرعًا: إخبارٌ عن حقٍّ سابقٍ لغيرِه عليه.

(**والمُقَرُّ بِهِ ضَرْبَانِ: حَقُّ اللهِ تَعَالَى**) المَحضُ؛ كالحدِّ في الزِّنا، والشُّربِ، والقطْعِ في السَّرقةِ والمُحاربةِ، (**وَحَقُّ الآدَمِيِّ**) المَحضُ؛ كدَينِ المُعاملاتِ، والمالِ المأخوذِ بسرقةٍ أو محاربةٍ، ومهرِ مَن أقرَّ أنَّه أكرَهَها على الزِّنا والقِصاصِ وحَدِّ القذفِ، وغيرُ المَحضِ؛ كالزَّكاةِ، والكفَّارةِ، ومالِ المَسجدِ.

(**فَحَقُّ اللهِ تَعَالَى**) المَحضُ (**يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِيهِ عَنِ الإِقْرَارِ بِهِ**) بنحْوِ قولِه: «كذبْتُ» أو «رجَعْتُ» أو «ما زنَيْتُ» أو «لا حدَّ عليَّ» كما قاله المَاوَرْدِيُّ، قال: مع احتمالٍ فيه[1].

أوِ «اتْركُونِي» كما قاله صاحبُ «التَّقريبِ»، وقال القَمُوليُّ: يظهَرُ تخريجُه على الخلافِ في قولِه: «لا تقِيموا عليَّ الحدَّ»، أو «لا أُريدُ الحدَّ»، والأصحُّ المنعُ.

أو: «فاخَذْتُ فظنَنْتُه زِنًا» أي: أو «ما سرَقْتُ مُطلقًا» أو «مِن حرزِه» ولو في أثنائِه فيسقُطُ كلُّه أو باقيه؛ وذلكَ لقولِه ﷺ: «**ادْرَؤُوا الحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ**»[2] وهذه[3] شبهةٌ؛ لجوازِ صدْقِه في الرُّجوعِ، ولتعريضِه ﷺ لماعزٍ بالرُّجوعِ بقولِه:

---

(١) «الحاوي الكبير» (١٣/ ٢١٢).

(٢) رواه الترمذي (١٤٢٤) من حديث أم المؤمنين عائشة، ورجح وقفه، وقال: وفي الباب عن أبي هريرة، وعبد الله بن عمرو.

وضعفه ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٩٤)، والألباني في «إرواء الغليل» (٢٣٥٥).

(٣) في (ج): «ولهذه».

«لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ، لَعَلَّكَ لَمَسْتَ، أَبِكَ جُنُونٌ!»[1].

فلو قُتلَ المُحصنُ فعلى قاتلِه المحصنِ بعدَ رجوعِه الدِّيةُ لا القِصاصُ؛ لاختلافِ العلماءِ في سُقوطِ الحَدِّ بالرُّجوعِ، أو تمَّمَ الإمامُ حدَّ مَن رجَعَ في أثنائِه مع علْمِه بسقوطِه، فعليه المالُ لا القِصاصُ لما ذُكِرَ.

لكن هل يجِبُ عليه نصْفُ الدِّيةِ لأنَّه ماتَ مِن مضمونٍ وغيرِه، أو القِسطُ مِن توزيعِ الدِّيةِ على السِّياطِ؟

قولانِ، أقربُهما كما قال شيخُ مشايخِنا[2]: الثَّاني، كما لو ضرَبَه زائدًا على حَدِّ القَذفِ فماتَ.

ولو شهِدُوا بإقرارِه فكذَّبَهم ولو قبلَ الحكمِ به كأنْ قال: «ما أقرَرْتُ» لم يُقبلْ؛ لأنَّه تكذيبٌ للشُّهودِ والقاضي، أو كذَّبَ نفْسَه في إقرارِه قُبِلَ، ولو قال: «لا تحدُّوني» أوِ امتنَعَ من تسليمِ نفْسِه أو هرَبَ فليس برُجوعٍ، لكن يكَفُّ عنه في الحالِ، فإن رجَعَ وإلَّا حُدَّ، فإن لم يكفَّ عنه فماتَ فلا ضمانَ، ولو أقَرَّ بالزِّنا مثلًا وقامَتِ البيِّنةُ عليه ثُمَّ رجَعَ عن إقرارِه فهل يسقُطُ الحَدُّ؛ لأنَّه لا أثَرَ للبيِّنةِ مع الإقرارِ وقد بطَلَ، أو لا لبقاءِ حجَّةِ البيِّنةِ كما لو شهِدَ عليه ثمانيةٌ فرَدَّ أربعةً؟ وجهانِ، قال المَاوَرْدِيُّ: الأصحُّ عندي اعتبارُ أسبقِهما.

قال شيخُ مشايخِنا: وينبَغِي تقييدُ محَلِّ الخلافِ بما قبلَ الحكمِ أو بعدَه وقد أُسندَ إليهما معًا أو أُطلِقَ، فإن كان بعدَه وقد أُسندَ إلى أحدِهما فقَطْ فهو المُعتبرُ قطعًا، ثُمَّ رأيْتُ الزَّرْكَشِيَّ أشارَ إلى بعضِ ذلك[3]. انتَهى.

---

(١) رواه البخاري (٦٨١٥، ٦٨٢٤)، ومسلم (١٦٩١).

(٢) «أسنى المطالب» (٤/ ١٣٢).

(٣) «أسنى المطالب» (٤/ ١٣٢).

وظاهرٌ أنَّه حيثُ اعتُبِرَ الإقرارُ فأسقَطَه بالرُّجوعِ جازَ العمَلُ بالبيِّنةِ بشرْطِها، وقد يتَّجِهُ حيثُ لم يُسنِدِ الحكمُ إلى خصوصِ أحدِهما اعتبارُ البيِّنة مُطلقًا؛ لأنَّها في حقِّ اللهِ تعالى أقْوَى مِن الإقرارِ، لقبولِ الرُّجوعِ عنه، بخلافِ حقِّ الآدميِّ؛ فإنَّ الإقرارَ فيه أقْوَى، ولهذا يثبُتُ به مِن غيرِ حكمٍ، بخلافِ البيِّنةِ فيكونُ هو المُعتبَر والحكمُ مسندًا إليه مُطلقًا.

ولو أقَرَّ بالسَّرقةِ ثُمَّ رجَعَ ثُمَّ كذَّبَ رُجوعَه قال الدَّارميُّ: لا يُقطَعُ[١]، ولو أقَرَّ بالزِّنا ثُمَّ قال «حُددْتُ»[٢] ففي قبولِ قولِه في الحدِّ احتمالانِ للرُّويانِيِّ[٣]، قال بعضُهم في بابِ البُغاةِ من «الرَّافعيِّ»[٤] عنِ «التَّتمَّة»: إنَّ مَن عليه حدٌّ إذا ادَّعى أنَّه أُقيمَ عليه صُدِّقَ إن كان أثرُه باقيًا على بدَنِه، وكذا إن لم يكُنْ إذا ثبَتَ بإقرارِه. وسكَتَ عليه الرَّافعيُّ، وهو جَزمٌ منه بأحدِ الاحتماليْنِ. انتهى.

وقد عُلِمَ ممَّا تقدَّمَ في شرحِ كلامِه أنَّ فائدةَ الرُّجوعِ عنِ الإقرارِ بالسَّرقةِ والمُحاربةِ سقوطُ القَطْعِ وتحتُّمُ القتلِ دونَ المالِ وأصْلِ القتلِ، وعنِ الإقرارِ بإكراهِهَا على الزِّنا، أو بالزِّنا بها حدُّ الزِّنا لا مهرُها في الأوَّلِ، وحدُّ قذْفِها في الثَّاني، واقتصارُ المُصنِّفِ على صحَّةِ الرُّجوعِ لا يُنافِي استحبابَه الذي رجَّحَه في «الرَّوضَةِ»[٥] في الإقرارِ بالزِّنا والشُّربِ، ومثْلُهما غيرُهما مِن متعلَّقاتِ حقوقِ اللهِ تعالى كما هو ظاهرٌ، فيُستحَبُّ للمُقِرِّ بالسَّرقةِ رجوعٌ ليسقطَ القطْعُ دونَ المالِ؛ نحو: «لم أسرِقْه مِن حرزٍ».

ولا يُنافِي استحبابَ الرُّجوعِ كما قال الزَّرْكَشِيُّ ما ذكَرُوه في الشَّهاداتِ أنَّ مَن ظهَرَ عليه حدٌّ استُحِبَّ له أن يأتِيَ الإمامُ ليقيمَه عليه لفَواتِ السَّترِ؛ لأنَّ

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٤/ ١٥٠).

(٢) في (ج): «حدوني».

(٣) «بحر المذهب» (١٤/ ١١٣).

(٤) «الشرح الكبير» (١١/ ٨٤).

(٥) «روضة الطالبين» (١٠/ ٩٦).

المُرادَ بالظُّهورِ أن يطَّلِعَ على زِناه مَن لا يثبُتُ الزِّنا بشهادتِه فيُستحَبُّ له ذلكَ، أمَّا المُقِرُّ فيُستحَبُّ له الرُّجوعُ لِما مرَّ[1]، وكما يُستحَبُّ الرُّجوعُ عنِ الإقرارِ يُستحَبُّ السَّتْرُ على نفْسِه بألَّا يُظهِرَ المَعصيةَ ليُحَدَّ أو يُعزَّرَ، فإظهارُها خلافُ المُستحَبِّ، أمَّا التَّحدُّثُ بها تفكُّهًا أو مُجاهرةً فحرامٌ قطعًا.

وترْكُ الشَّاهِدِ الشَّهادةَ بها إنْ رآهُ مصلحةً، وكذا إن لم يرَ مصلحةً فيها على الأوْجَهِ عندَ شيخِ مشايخِنا[2]، فإن رَأَى المَصلحةَ في الشَّهادةِ شهِدَ، ومحلُّ استحبابِ ترْكِها إذا لم يتعلَّقْ (بترْكِها إيجابُ حَدِّ الغيرِ، فإن تعلَّقَ)[3] به ذلكَ كأنْ شهِدَ ثلاثةٌ بالزِّنا لزِمَ الرَّابعَ الأداءُ.

ويجوزُ للقاضي التَّعريضُ:

* لمَنْ جهِلَ وجوبَ الحَدِّ بأنْ أسْلَمَ قريبًا، أو أسْلَمَ بعيدًا عنِ العلماءِ ممَّن اتُّهِمَ بما يُوجِبُ شيئًا مِن حقوقِ اللهِ بأن يُنكِرَ ما اتُّهِمَ به سترًا للقَبيحِ إن لم تكُنْ بيِّنةٌ، وإلَّا لم يجُزْ له التَّعريضُ؛ لِما فيه من تكذيبِ الشُّهودِ،
* ولمَن أقَرَّ بذلكَ بالرُّجوعِ عن إقرارِه وإن كان عالمًا بجوازِ الرُّجوعِ،
* وللشُّهودِ بالتَّوقُّفِ إن رآهُ مصلحةً، وإلَّا لم يجُزْ.

ولا يُعرِّضُ بما يُسقِطُ حقَّ الآدميِّ مِن عقوبةٍ أو غيرِها، فلا يُعرِّضُ في السَّرقةِ بما يُسقِطُ الغُرْمَ، وإنَّما يسعَى في دفْعِ القَطعِ كما أنَّه في حُقوقِ اللهِ تعالى يُستحَبُّ السَّتْرُ، وفي حقوقِ العبادِ يجبُ الإظهارُ والتَّعريضُ كقولِه في الزِّنا: «لعلَّكَ لامَسْتَ»، وفي شُربِ الخمْرِ: «لعلَّكَ ما علمْتَه خمرًا»، وفي السَّرقةِ: «لعلَّكَ سرقْتَ مِن غيرِ حِرزٍ».

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٤/ ١٣١).

(٢) «أسنى المطالب» (٤/ ١٣١).

(٣) ليس في (ع)، (هـ).

وخرَجَ به التَّصريحُ؛ كقولِه: «ارجِعْ عنِ الإقرارِ» فيحْرُمُ؛ لأنَّه أمرٌ بالكذبِ.

(**وَحَـقُّ الآدَمِـيِّ**) مُطلقًا (**لَا يَصِحُّ الرُّجُـوعُ عَنِ الإِقْرَارِ بِـهِ**) ولا يجوزُ كتْمُه، بل يجِبُ الإقرارُ به ليُستوفَى منه، ولا كتمُ الشَّـهادةِ به مُطلقًا ولا التَّعريضُ بما يسقِطُه كما تقدَّمَ.

والفـرْقُ أنَّ حـقَّ اللهِ تعالـى مبنِـيٌّ علـى المُسـامحةِ، وحـقَّ الآدمـيِّ علـى المُشـاحةِ[1]، نعَمْ إن صدَّقَه المُقِرُّ له في الرُّجوعِ بطَلَ الإقرارُ إن لم يتعلَّقْ به حقُّ اللهِ تعالـى، فـإن تعلَّقَ به كما لو أقَرَّ بحُريَّةِ عبدٍ ثُمَّ رجَـعَ وصدَّقَه العَبدُ، أوِ ادَّعى جاريَةً وحُكِمَ له بها بيمينِه فأولَدَها ثُمَّ كذَّبَ نفْسَـه وقال: «ليست لي»، وصدَّقَتْه الجاريـةُ لـم تبطُلِ الحُرِّيَّةُ في الأُولى، ولـم يُحكَمْ برِقِّ الولَـدِ في الثَّانيةِ، ولا تُردُّ الجاريةُ إلى المُدَّعى عليه في الأصحِّ.

ولو أقَرَّ بنسبِ بالغٍ ثُمَّ رجَعَ وصدَّقَه ففي قبولِ رُجوعِه وجهانِ، رجَّحَ منهما صاحبُ «الرَّوضِ» تبعًا للعِمْرَانِيِّ وغيرِه المنعَ.

قـال المَـاوَرْدِيُّ[2]: واختلَفَ أصحابُنـا في حَدِّ المُقرِّ به فقيـلَ: كلُّ ما جازَتِ المطالبةُ به وقيلَ: كلُّ ما جازَ الانتفاعُ به وهو أصحُّ. انتهَى.

وقولُـه: «جـازتِ المُطالبَةُ بـه» أي: عندَ تلَفِه كمـا هو ظاهرٌ، وحينئـذٍ يظهَرُ التَّفاوتُ بينَ القَولَيْنِ.

(**وَتَفْتَقِرُ صِحَّةُ الإِقْرَارِ**) مُطلقًا (**إِلَى ثَلَاثَةِ شَرَائِطَ**):

(١) (**البُلُـوغُ**) فـلا يصِحُّ إقرارُ صَبيٍّ، نعَمْ مَن أقَـرَّ بالبلوغِ باحتلامٍ أو حيضٍ مُمكـنٍ صُدِّقَ بلا يمينٍ، وإن فُرِضَ ذلكَ في خصومـةٍ بنحْوِ بُطلانِ تصرُّفِه؛ لأنَّه

(١) في (ع): «المشاححة».

(٢) «الحاوي الكبير» (٧/ ٨).

لا يُعرَفُ إلَّا مِن جهتِه، فلو بلَغَ مبلغًا يُقطَعُ فيه ببلوغِه قال الإمامُ: فالظَّاهرُ أيضًا أنَّه لا يحلِفُ أنَّه كان بالغًا حينئذٍ لانتهاءِ الخصومةِ، ولوِ ادَّعى الغازي البلوغَ بالاحتلامِ وطلَبَ سهْمَه عن المُقاتلةِ حلَفَ وجوبًا إنِ اتُّهِمَ، وأخَذَ السَّهمَ فإن لم يحلِفْ لم يأخُذْ شيئًا.

واستشْكَلَ الإِسْنَوِيُّ[1] تحليفَه هنا بعدمِ تحليفِه للبلوغِ، وإن فُرِضَتْ خصومةٌ كما مرَّ.

وأجابَ شيخُ مشايخِنا بأنَّ الكلامَ هناكَ في وجودِ البلوغِ في الحالِ، وهنا في وجودِه فيما مَضَى؛ لأنَّ صورتَها أنَّ تنازعَ الصَّبيِّ بعدَ انقضاءِ الحَربِ في بلوغِه حالةَ الحَربِ[2].

أي: مع وجودِ بلوغِه في الحالِ، ويُحتمَلُ أن يُؤخَذَ ما هنا على إطلاقِه، ويُجابُ باستِثْناءِ ذلكَ لمَصلحةِ الاحتياطِ لمُزاحمةِ الغانمينَ، ويردُ عليه أنَّه قد يتوفَّرُ هناكَ داعي الاحتياطِ مع أنَّهم لم يلتفِتُوا إليه، أمَّا البُلوغُ بالسِّنِّ فلا يثبُتُ إلَّا ببيِّنةٍ خَبيرةٍ[3] تذكُرُ عددَ السِّنينَ لاختلافِ الأئمَّةِ فيه، نعم يتَّجِهُ الاكتفاءُ بإطلاقِ الفقيهِ المُوافقِ، فلو شهِدَتْ بأنَّه بالغٌ ولم يعيِّنوا بأيِّ وجهٍ بلَغَ سُمِعَتْ، كما في «الأنوارِ»[4] في آخرِ الشَّهاداتِ عنِ القَفَّالِ، ولو أطلَقَ الإقرارَ بالبلوغِ ولم يُعيِّنْ أنَّه بالاحتلامِ أو السِّنِّ ففي قبولِه وجهانِ. قال الأَذْرَعِيُّ: والمُختارُ استفسارُه[5]. انتَهَى.

ولا يبعُدُ ترجيحُ القَبولِ حمْلًا على الجهةِ المقبولةِ منه، ولو أقَرَّ ثُمَّ ادَّعى أنَّه صغيرٌ مع الإمكانِ صُدِّقَ مِن غيرِ يمينٍ، أو ثُمَّ ادَّعى أنَّه كان صغيرًا حينئذٍ

(١) «المهمات» (٥/ ٥٦٨).
(٢) «أسنى المطالب» (٢/ ٢٨٨).
(٣) في (ع)، (هـ): «خيرة». وفي (ك): «ذي خبرة».
(٤) «الأنوار» (٢/ ٥).
(٥) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٨٨).

واحتمـلَ صُدِّقَ بيمينِه، وعلى المُقرِّ له فيهما البيِّنةُ ببلوغِه بالسِّـنِّ أو بمُشـاهدةِ الإنـزالِ أو بإقـرارِه بالبلـوغِ، فلوِ انتَهَـى في الأولى إلى حالةٍ يتحقَّـقُ بلوغُه فيها وأرادَ خصْمُـه تحليفَه أنَّـه كان حينَ الإقرارِ صَبيًّا لم يحلِفْ كمـا أُخِذَ ممَّا تقدَّم أولًا عـنِ الإمـامِ، ولو رجَعَ وأقَرَّ أنَّه كان بالغًا حينئذٍ قال الإمامُ: يُقبَلُ. وفي كلامِ الأصحابِ ما يدُلُّ على أنَّه لا يُقبَلُ، وطريقُ قبولِه أن يدَّعِيَ أنَّه بلَغَ بعدَ ذلكَ.

ولـو أقَـرَّ أنَّه بالغٌ ثُـمَّ ادَّعى أنَّه غيرُ بالغٍ لـم يرجِعْ إليه، ولو باعَ شـيئًا وادَّعى المُشتَري أنَّه صغيرٌ والبيعُ فاسدٌ قال ابنُ الصبَّاغِ: ينبَغِي ألَّا يحلِفَ؛ لأنَّ المُدَّعيَ مُقِرٌّ بأنَّ اليَمينَ لا تُستحَقُّ عليه لصِغرِه، فإنِ ادَّعى عليه بعدَ بلوغِه أنَّه كان صغيرًا حينئذٍ حلَفَ[1].

وفي «فتاوي القاضي»: لوِ ادَّعى مالًا مِن جِهةِ صَبِيٍّ فقال المُدَّعى عليه: «مَن تدَّعي مِن جهتِه بالغٌ»، فقال القَيِّمُ: «احلِفْ أنَّكَ لا تعلَمُ أنَّه صغيرٌ» فلم يحلِفْ، فالوَلِيُّ لا يحلِف.

وهـل يحلِـفُ الصَّبيُّ أنَّـه صغيرٌ؟ فيه وجهـانِ، وهذه المسـائلُ في «مختصرِ الكفايةِ» و«التَّجريدِ».

(٢) **(وَالعَقْلُ)** أي: التَّمييزُ، فلا يصِحُّ إقرارُ مَن زالَ عقْلُه بنحْوِ جُنونٍ أو إغماءٍ أو نومٍ أو سُـكْرٍ لم يتعَدَّ به؛ كأنْ أُكرِهَ على شُـربِ المُسـكرِ، أو تناولِه لدواءٍ ،أو لظنِّهِ ماءً، فإنْ تعدَّى به صحَّ إقرارُه، فلو أقامَ بيِّنةً بزوالِ عقْلِه حينَ الإقرارِ اشتُرِطَ تفسـيرُ زوالِه، أو عُرِفَ له حالتا جنونٍ أو إفاقةٍ، فأقَرَّ به ثُمَّ ادَّعى أنَّه كان في جنونِه قُبِلَ في الأصحِّ، إلَّا أن تقومَ بيِّنةٌ بخلافِه، ولو أقَرَّ في صحَّتِه أنَّه فعَلَ شـيئًا في حالِ جنونِه فإنْ كان حقًّا بدنيًّا كالقِصاصِ لزِمَه المالُ دونَ العُقوبةِ، أو ماليًّا لزِمَه.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٨٨).

(٣) (وَالِاخْتِيَارُ) فلا يصِحُّ إقرارُ مكْرهٍ؛ كمَنْ ضُرِبَ ليُقِرَّ، فلو ضُرِبَ ليصدُقَ صحَّ إقرارُه حالَ الضَّربِ وبعدَه، نقَلَه في «الرَّوضَةِ»[1] عن «الأحكامِ السُّلطانيَّةِ»[2]، واستشْكَلَه.

ولوِ ادَّعى بعدَ الإقرارِ أنَّه كان مُكرهًا، فإنْ وُجِدَتْ أمارةٌ[3] على الإكراهِ مِن نحْوِ حبسٍ أو ترسيمٍ صُدِّقَ بيمينِه، وإلَّا فلا، وإنَّما تثبُتُ الأمارةُ[4] باعترافِ المُقِرِّ له أو بالبيِّنةِ أو باليمينِ المَردودَةِ، وإكراهُه لزيدٍ لا يقدَحُ في إقرارِه لغيْرِه.

ولو تعارَضَ بيِّنتا إكراهٍ واختيارٍ قُدِّمَتْ بيِّنةُ الإكراهِ؛ لأنَّ معَها زيادةُ علْمٍ، إلَّا أن تشهَدَ بيِّنةُ الاختيارِ بأنَّه كان مكرهًا وزالَ الإكراهُ ثُمَّ أقَرَّ فتُقدَّمَ على بيِّنةِ الإكراهِ لذلكَ.

(وَإِنْ كَانَ) الإقرارُ (بِمَالٍ) ومثْلُه الاختصاص كما هو ظاهرٌ، (اعْتُبِرَ فِيهِ) ليصِحَّ (شَرْطٌ رَابِعٌ وَهُوَ الرُّشْدُ) ولو حكمًا، فلا يصِحُّ إقرارُ محجورِ سفهٍ بمالٍ، ويصِحُّ بغيرِه كإتلافِ المالِ وجنايةٍ توجِبُه، ويلزَمُه ما وجَبَ بذلكَ، ولا يرِدُ على المُصنِّفِ؛ لأنَّ المُقرَّ به ليس مالًا، وإنَّما استتبعَ المالَ، وبطلانُ إقرارِه بالتَّصرُّفِ كالبيعِ معلومٌ ممَّا ذكَرَه في الحجْرِ أنَّ تصرُّفَه غيرُ صحيحٍ.

ولا يُشترَطُ التَّعرُّضُ لهذه الشُّروطِ في صحَّةِ الشَّهادةِ بالإقرارِ، ويكْفِي أنَّ الظَّاهرَ وقوعُ الشَّهادةِ على الإقرارِ الصَّحيحِ.

قال الشَّيخانِ[5]: قال الأصحابُ: وما يُكتَبُ في الوثائقِ أنَّه أقَرَّ طائعًا في صحَّةِ عقْلِه وبلوغِه احتياطٌ.

---

(١) «روضة الطالبين» (٤/ ٣٥٥).
(٢) «الأحكام السلطانية» (ص٣٢٣).
(٣) في (ج): «أمارات».
(٤) في (ج): «الأمارات».
(٥) «الشرح الكبير» (٥/ ٣٤٠)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣٧٠).

وقضيَّةُ كلامِه:

* صحَّةُ إقرارِ محجورِ الفَلَسِ وذلكَ صحيحٌ؛ لأنَّ إقرارَه بالمالِ صحيحٌ مُطلقًا، وإن رُدَّ في بعضِ الصُّورِ بالنِّسبةِ للغُرماءِ حتَّى لا يُزاحِمَهم المُقَرُّ له كما تقدَّمَ بيانُه في محَلِّه، وأمَّا بطلانُ إقرارِه بالتَّصرُّفِ في أعيانِ مالِه فمعلومٌ ممَّا ذكَرَه في الحَجْرِ أنَّه لا يصِحُّ تصرُّفُه في أعيانِ مالِه.

* وصحَّةُ إقرار الرَّقيقِ، وذلكَ أيضًا صحيحٌ، فإنَّ إقرارَه صحيحٌ مُطلقًا وإن رُدَّ في بعض الصُّورِ بالنِّسبةِ للسَّيِّدِ حتَّى لا يتعلَّقَ به ولا بكسْبِه بل بذمَّتِه هو يطالبُ به إذا عتَقَ، فإن أقرَّ بما يوجِبُ (حدًّا كزنًا)[1] وشربٍ وسرقةٍ، أو قِصاصًا كقتلٍ وقطعٍ فهو مقبولٌ، فإن عُفِيَ عنِ القصاصِ بمالٍ تعلَّقَ برقبتِه، وإن كذَّبَه السَّيِّدُ، ولا يُنزعُ في السَّرقةِ المالُ من يدِه أو يدِ سيِّدِه إلَّا إن صدَّقَه السَّيِّدُ، فإن كان تالفًا فإن صدَّقَه السَّيِّدُ بِيعَ فيه إن لم يختَرْ فداءَه، فإن فضَلَ شيءٌ مِن المالِ بعدَ البيعِ لم يتبعْ به بعدَ العِتقِ، وإلَّا تعلَّقَ بذِمَّتِه يُتبعُ به بعد العِتقِ، وإن أقَرَّ بمالٍ أو بما يوجِبُه كإتلافٍ فكذلكَ، فإن صدَّقَه السَّيِّدُ تعلَّقَ دينُ الإتلافِ برقَبتِه يُباعُ فيه ما لم يختَرْ فداءَه، ودَينُ المُعاملةِ بذمَّتِه يُتبعُ به إذا عتَقَ، وإلَّا تعلَّقَا بذمَّتِه يتبعُ بهما إذا عتقَ، فإن كان مأذونًا له في التِّجارةِ وأقرَّ قبلَ الحَجْرِ عليه أو مع تصديقِ السَّيِّدِ له بدَينٍ صرَّحَ بأنَّه بسببِ التِّجارةِ، أو بأنَّ ما في يدِه مِن الأعيانِ مقبوضٌ بسَومٍ أو بعقدٍ فُسخَ بنحوِ عيبٍ أو إقالةٍ أو خيارٍ، قُبِلَ في حقِّ السَّيِّدِ، وتعلَّقَ بما في يدِه مِن مالِ التِّجارةِ وبأكسابِه حتَّى المُتجدِّدةِ قبلَ عتْقِه، فإن فضَلَ شيءٌ طُولِبَ به بعدَ العِتقِ، وإلَّا فكغيرِ المأذونِ في تفصيلِه المُتقدِّمِ؛ لأنَّه فيما عدا ما ذُكِرَ لا يزيدُ عليه.

---

(١) في (ج)، (ع): «حد الزنا».

* وصحَّـةُ إقرارِ المكاتبِ، وذلكَ صحيحٌ أيضًـا، فإنَّه كالحُرِّ في قبولِ إقرارِه في البَدنِ والمالِ، ويُؤدَّى ممَّا في يدِه، فإن عجزَ نفسه ولا مالَ معَه فدُيونُ معاملتِه يُؤدِّيها بعدَ عتقِه، وأرشُ جنايتِه في رقبتِه يُؤدَّى مِن ثمنِه.

* وإقـرارُ المُبعَّضِ، وذلكَ صحيحٌ أيضًـا، لكن إن أقَرَّ بدَينِ إتلافٍ فهو فيما يقابِـلُ جزءَ الحُرِّيَّةِ كالحُرِّ حتَّى يقضِيَ ممَّـا ملكَه مُطلقًا، وفيما يُقابِلُ جُزءَ الرِّقِّ كالرَّقيقِ، فإن صدَّقَه السَّيِّدُ تعلَّقَ بجُزءِ الرِّقِّ، وإلَّا فبِذمَّتِه أو بدَينِ معاملةٍ.

قـال في «الرَّوضَـةِ»[1] كأصْلِهـا[2]: فمتى صحَّحْنـا تصرُّفَه قبِلْنا إقـرارَه عليه وقضَيْناه ممَّا في يدِه، ومتى لم نُصحِّحْه فإقرارُه كإقرارِ العَبدِ. انتَهَى.

وحاصِلُـه كما هو ظاهرٌ قبولُ إقـرارِه مُطلقًا بقدْرِ ما يُقابِلُ حُرِّيتَه حتَّى يقضِيَ ممَّا يملكُه مُطلقًا، وفي قدْرِ ما يُقابِلُ رِقَّهُ هذا التَّفصيلُ.

قال شيخُ مشايخِنا[3]: والظَّاهرُ أنَّ ما لزِمَ ذمَّتَه في نصْفِه الرَّقيقِ لا يجِبُ تأخيرُ المُطالبـةِ به إلـى العِتقِ؛ لأنَّها إنَّما أُخِّرَتْ في كاملِ الـرِّقِّ لعدمِ ملْكِه، والمُبعَّضُ يملِكُ. انتَهَى.

وقد يُنظَرُ فيه بأنَّ ما بيدِه مختَصٌّ بجِهةِ الحُرِّيَّةِ لا حقَّ فيه لجِهةِ الرِّقِّ التي هي متعلَّقُ الحقِّ، فقد يتَّجِهُ تأخيرُ المُطالبةِ إلى العِتقِ مُطلقًا.

واعلمْ أنَّ تصحيحَ تصرُّفِ المُبعَّضِ ثابتٌ مُطلقًا؛ لأنَّ حُكمَه حُكمُ الإقرارِ[4] جزمًـا في صحَّةِ تصرُّفِه بالبيعِ ونحوِه كما صرَّحـوا بذلك، نعَمْ إن كان بينَه وبينَ سـيِّدِه مُهايـأةٌ توقَّـفَ التَّصرُّفُ في نوبةِ سـيِّدِه علـى إذْنِه، وحينئذٍ فـلا يخْفَى أنَّه لا وجْـهَ لقَبـولِ إقرارِه على السَّـيِّدِ إذا لم تكُنْ مُهايأةٌ أو كان في نوبةِ نفْسِـه؛ لأنَّ

---

(١) «روضة الطالبين» (٤/ ٣٥٢).
(٢) «الشرح الكبير» (٥/ ٢٧٩).
(٣) «أسنى المطالب» (٢/ ٢٨٩).
(٤) في (ج)، (ك): «الأحرار».

تصرُّفَه في هذيْنِ الحاليْنِ لا يُضافُ إلى السَّـيِّدِ، وإنَّما يتعلَّقُ بنفْسِـه فحكْمُه فيما يتعلَّـقُ بقدْرِ الـرِّقِّ فيهما كالعَبدِ أيضًـا، فلعلَّ ما ذكَرَاه محمـولٌ على ما إذا كان بينَهمـا مُهايـأةٌ، فإنْ أقرَّ في نوبةِ السَّـيِّدِ قبلَ الحَجْرِ عليه قُبـلَ في حقِّه أيضًا، وإلَّا فـلا، بخـلافِ ما إذا لـم تكنْ مُهايأةٌ أو كانَتِ النَّوبةُ لنفسِـه، فإنَّ القياسَ أن يُقالَ: إن لم يَسـتَنِبْهُ السَّـيِّدُ في التَّصرُّفِ له لم يُقبلْ إقرارُه عليـه، وإلَّا فحكمُه كالوكِيلِ الحُرِّ لاستقلالِه حينئذٍ؛ فليُتأمَّلْ.

والمُـرادُ بدَيـنِ المُعاملةِ حيثُ لم تصِـحَّ المِثْلُ في المِثْلِـيِّ، والقيمةُ لا الثَّمنُ علـى الأصحِّ في المُتقـوَّمِ، وحيثُ صحَّتْ كما في المـأذونِ والمُبعَّضِ هو نفسُ الثَّمن مثلًا.

ولو أقَرَّ العَبدُ بمالٍ لسـيِّدِه لم يصِحَّ. قال البَغَويُّ: فإنْ بانَ أنَّه كان حُرًّا صحَّ، ولـو أقَرَّ بعدَ العِتقِ بإتلافِ مالٍ قبلَه لزِمَه المـالُ، وظاهرُه لزومُ جميعِه وإن كان أكثَـرَ مِن قيمتِه مع أنَّه لو أقَرَّ حالَ الـرِّقِّ واقتَضَى الحالُ بيْعَه لم يلزَمْ ما زادَ على قيمتِـه، وقد يُوجَّهُ ذلكَ بأنَّ الحقَّ لم يرتبِطْ هنا إلَّا بالذِّمَّةِ، وإنَّما يُنظَرُ إلى القيمةِ إذا تعلَّـقَ بالرَّقبـةِ؛ لئـلَّا يجتمِعَ التَّعلُّـقُ بها وبالذِّمَّـةِ جميعًا، وكذا لو أقَرَّ رشـيدٌ بجنايتِه في الصِّغرِ.

قـال البُلْقِينِيُّ: وينبَغِي تقييدُه بما إذا لم يكُنْ على وجْهٍ يسـقُطُ عنِ المَحجورِ عليه، فإن كان كذلكَ كالقرْضِ والمَبيعِ فلا ينبَغِي أن يُؤاخَذَ به.

قال البَغَـويُّ: كلُّ ما يُقبَلُ إقرارُ العَبدِ فيه فالدَّعوى فيهِ تكونُ على العَبدِ، وما لا يُقبلُ كالمالِ المُتعلِّقِ برقبتِه إذا صدَّقَه السَّيِّدُ فالدَّعوى على السَّيِّدِ، فلو ادَّعى في هذا على العَبدِ إن كان له بيِّنة سُمعت. كذا في «الرَّوضَةِ»[1] هنا عنِ البَغَوِيِّ.

---

(١) «روضة الطالبين» (٤/ ٣٥٣).

قال الإسنويُّ[1]: والرَّاجحُ أنَّها لا تُسمَعُ على العَبدِ كما ذكَرَه في الدَّعاوى. انتَهَى.

ولو أقَرَّ الإمامُ بمالِ بيتِ المالِ نفَذَ إقرارُه كما في «الأنوارِ» عنِ «المُهذَّبِ»، أو أقَرَّ الوَليُّ ببيعِ شيءٍ مِن أموالِ محجورِه لزيدٍ قُبلَ، أو بأنَّه له لم يُقبلْ، أو أقَرَّ مَن تحتَ يدِه مالٌ لجهةِ وقْفٍ هو ناظِرُه به لم يصِحَّ إقرارُه.

قال ابنُ الصَّلاحِ[2]: ولو قسَمَه على أربابِ الوقْفِ بعدَ ذلكَ لم يغرَمْ قطعًا، ولا يخرُجُ على قولِ الغُرمِ بالحَيلُولةِ؛ لأنَّ اليدَ ليسَتْ له كما لو أقَرَّ أنَّ الدَّارَ التي هي كانت في يَدِ زيدٍ لعَمرٍو. انتَهَى.

وظاهرٌ أنَّه لو حصَلَ ذلكَ في ملْكِه بعدَ عملٍ حينئذٍ بمُقتَضى إقرارِه، ويُمكِنُ أن يُفارِقَ مسألةَ الإمامِ بقُدرتِه على تمليكِ أموالِ بيتِ المالِ مجَّانًا.

وقولُ المُصنِّفِ: «وتفتقِرُ صحَّةُ الإقرارِ إلى ثلاثةِ شرائطَ» لا يُنافِي افتقارَه إلى زيادةٍ عليها مما هو مبيَّنٌ في المُطوَّلاتِ.

(**وَإِذَا أَقَرَّ**) مَن وُجِدَتْ فيه تلكَ الشَّرائطُ ابتداءً أو جوابًا عنْ دَعْوى (**بِمَجْهُولٍ**) كقولِه: «له عليَّ شيءٌ» أو «كذا» أو «حقٌّ» صحَّ؛ لأنَّ الإخبارَ يقَعُ مُبهمًا كما يقَعُ مفصَّلًا ووجَبَ عليه بيانُه.

و(**رُجِعَ إِلَيْهِ فِي بَيَانِهِ**) بمهما بيَّنَ به ولو حبَّةَ شعيرٍ، وقُمعَ باذنْجانَةٍ، وحَدَّ قذفٍ، وحقَّ شُفعةٍ، ووَديعةً، ونجسًا يُقتنى ككلبٍ مُعلَّمٍ وخَمرٍ محترَمةٍ، لا ردَّ سلامٍ، وعيادةَ مريضٍ، إلَّا في: «له عليَّ حقٌّ»، ولا بما يحرُمُ اقتناؤُهُ كخِنزيرٍ وكلْبٍ لا نفْعَ فيه، وخمْرٍ غيرِ محترَمةٍ، فإنْ قال: «له عندي شيءٌ» صحَّ بيانُه بذلكَ.

---

(١) «المهمات» (٥/ ٥٦٩).

(٢) «فتاوى ابن الصلاح» (٢/ ٥١٠).

ولـو قال: «له عليَّ مـالٌ» ولو مع وصْفِه بنحْوِ: عظيمٍ، أو خطيرٍ، أو كثيرٍ، أو أكثَرَ مِن مالِ فُلانٍ، أو ممَّا شـهِدَ به الشُّـهودُ، أو حكَمَ به الحاكمُ قبلَ بيانِه بأقلِّ ما يُتموَّلُ، وكذا بما لا يُتموَّلُ مِن المالِ؛ كتَمرةٍ، وحبَّةِ بُرٍّ، كما نقَلَاه عن حكايةِ الإمـامِ عنِ العراقيِّين وأقـرَّاه، لا بما لا يُتموَّلُ ككلْبٍ وجِلْدِ ميتةٍ، فإنِ امتنَعَ مِن البيـانِ فإن لـم يُمكِـنْ معرفتُه بدونِه حُبِسَ، فإن ماتَ قبـلَ البيانِ بيَّنَ وارثُه، فإنِ امتنَعَ فقيلَ: يوقَفُ أقلُّ متموَّلٍ مِن التَّركةِ، والأظهَرُ جميعُها، وإن أمكَنَ معرفتُه بدونه لـم يُحبَسْ، وذلكَ بأن يُحيلَه على معرفٍ فيرجِعُ إليه، وهو نوعانِ:

أحدُهمـا: غيرُ حسـابِيٍّ؛ كقولِه: «له عليَّ مِن الدَّراهـمِ زنَةُ هذه الصَّنجةِ» أو «قدْرُ ما باعَ به فلانٌ فرسَه».

والثَّاني: حسابيٌّ، وله طريقٌ محلُّه في المُطوَّلاتِ.

وحيـثُ بيَّنَ ما يُقبَلُ فكذَّبَـه المُقَرُّ له في أنَّه حقُّه فليبيِّـنُ المُقَرُّ له جنسَ حقِّه وقدْرَه وصِفتَه، وليدعُ به ويحلِفُ المُقِرُّ على نفْيِه، فإن كان ما بيَّنَ به مِن جنسِ المُدَّعـى به؛ كأن بيَّنَ بمئةِ دِرهمٍ وادَّعى المُقَرُّ له بمئتَيْ درهمٍ، فإنْ صدَّقَه على إرادةِ المِئـةِ ثبتَـتْ وحلَفَ المُقِرُّ على نفْـيِ الزِّيادةِ، وإن كذَّبَه بـأنْ قال له: «بل أردْتُ مئتيْـنِ» حلَـفَ أنَّه لـم يُردْهُما وأنَّـه لا يلزَمُه إلَّا مئةٌ، فلو نـكَلَ عن هذه اليَميـنِ حلَـفَ المُقَرُّ له أنَّه يسـتحِقُّ المِئتيْنِ، ولا يحلِفُ علـى الإرادةِ؛ لأنَّه لا يعلَمُها، وإن لم يكن مِن جنسِـه كأنْ بيَّنَ بمئةِ درهمٍ فادَّعى بخَمسينَ دينارًا فإنْ صدَّقَـه على إرادةِ المئةِ أو كذَّبَه في إرادتِها بأنْ قال له: «إنَّما أردْتُ الخَمسـينَ» ووافَقَـه فيهما علـى أنَّ المِئةَ عليه ثبتَـتْ لاتِّفاقِهما عليها وإن لـم يُوافقه عليها فيهمـا بطلَ الإقرارُ بها وكان في الصُّورِ الأربعِ مدَّعيًا للخَمسـينَ فيحلِفُ المُقِرُّ على نفْيِها في الأربعِ وعلى نفْيِ إرادتِها في صورتَيِ التَّكذيبِ.

(وَيَصِحُّ الِاسْتِثْنَاءُ فِي الإِقْرَارِ) كغيرِه؛ لأنَّ الاستثْناءَ معهودٌ في القُرآنِ وغيرِه، وفيما إذا كان بغيرِ أدواتِه المَعروفَةِ كـ«أستَثْنِي» أو «أحطُّ» أو «أتداركُ كذا» وجهانِ، قال في «المَطلبِ»: وحقيقةُ الخلافِ راجعَةٌ إلى أنَّ الاعتبارَ باللَّفظِ أو بمعناه، ووجْهُ المَنعِ أنَّه وعْدٌ بالاستثْناءِ. انتَهَى.

والأوْجَهُ الصِّحَّةُ. قال الرُّويانِيُّ[1]: لو قال: «له عليَّ درهمٌ ينقُصُ دانقًا» فكقولِه: «إلَّا دانقًا».

وإنَّما يصِحُّ (إِذَا وَصَلَهُ) أي: الاستثْناءَ (بِهِ) أي: بالإقرارِ بصيغتِه بحيثُ يُعدُّ معَه كلامًا واحدًا، فلو فصَلَ بينَهما بكلامٍ أجنبيٍّ أو سكوتٍ لم يصِحَّ فلا يفيدُه شيئًا، نعَمْ يُغتفَرُ الفَصلُ اليسيرُ بسكتَةِ تنفُّسٍ أو عِيٍّ أو تذكُّرٍ أو انقطاعِ صوتٍ كما نصَّ عليه في «الأمِّ»[2].

قال الشَّيخانِ[3]: والاتِّصالُ المشروطُ هنا أبلَغُ ممَّا بينَ الإيجابِ والقَبولِ؛ لأنَّه يُحتمَلُ بينَ كلامِ اثنيْنِ ما لا يُحتمَلُ بينَ كلامِ الواحدِ. انتَهَى. أي: فيضُرُّ هنا الفصْلُ اليسيرُ بغيرِ عذْرٍ ممَّا تقدَّمَ وإن لم يضُرَّ هناك.

ويُشترَطُ فيه أيضًا: أن يقصُدَه قبلَ فراغِ صيغةِ الإقرارِ وإن لم يُقارِنْ أوَّلَها إن تأخَّرَ، فإن تقدَّمَ فهل يسقُطُ اعتبارُ هذا الشَّرطِ بحصولِ الارتباطِ بدونِه؛ لأنَّ ذكْرَ المُستثنى منه متأخِّرًا يُوجِبُ ارتباطَه بالمُستثنَى المُتقدِّمِ أو لا؟ فيه نظرٌ، ولعلَّ الأقرَبَ الثَّاني[4].

---

(١) «بحر المذهب» (٦/ ١١٢).

(٢) «أسنى المطالب» (٢/ ٣١٥).

(٣) «الشرح الكبير» (٩/ ٢٦)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٩١).

(٤) زاد في (ج)، (ن): «وأن يسمِعَ به غيرَه».

وعليـه فهل يُشـتَرطُ قصْدُ الإخراجِ به قبلَ التلفُّظِ بـه أو يكْفِي مقارنتُه للتلفُّظِ به؟ فيه نظرٌ، والأوْجَهُ الثَّاني.

وعليـه فهل يُعتبَـرُ مقارنتُه لجميعِ اللَّفـظِ أو يكْفِي مقارنتُـه لبعضِه؟ فيه نظرٌ، ولعلَّ الأقربَ الثَّاني.

وأن يسـمعَ به غيرُه، قال في «الأنوارِ»[1]: وإلَّا فالقولُ للمُقَرِّ له بيمينِه؛ أي: في نفْيِ الإثباتِ به، بخلافِ نفْيِ مُجرَّدِ السَّماعِ فلا أثْرَ له.

وألَّا يستغرِقَ المُستَثْنى المُستَثْنى منه؛ كعشرةٍ إلَّا ثلاثةً، أو إلَّا سبعةً، فإن استغرقه كعشرة إلا عشرةً لم يصِحَّ، فلو عقَّبَ المُستثنى[2] بما يُخرجِهُ عنِ الاستغراقِ نحو: «له عليَّ عشـرَةٌ إلَّا عشرةً إلَّا خمسةً» صحَّ الاستِثْناءُ فيلزمَه خمسةٌ؛ لأنَّ عشرةً إلَّا خمسـةً خمسةٌ، أو بمستغرقٍ أُلغِيَ، فلو قال: «له عليَّ عشرةٌ إلَّا خمسةً إلَّا عشرةً» لزِمَه خمسـةٌ، وأُلغِيَ ما حصَلَ به الاسـتغراقُ، ولا يجمَعُ المُفرَّقُ لا في المُسـتَثْنى ولا في المُسـتَثْنى منـه، فلو قـال: «له عليَّ درهـمٌ ودرهمٌ ودرهـمٌ إلَّا درهمًا»، أو «لـه علـيَّ درهمانِ ودرهمٌ إلَّا درهمًا» لزِمَه ثلاثةٌ؛ لأنَّ المُسـتَثْنى منه إذا لم يُجمَعْ مفرَّقُه كان الدِّرهمُ الواحدُ مُستَثْنًى مِن درهمٍ واحدٍ وهو مستغرِقٌ، فيلْغُو، وفي هذا تخصيصُ الاستِثْناءِ بالرُّجوعِ للأخيرِ مِن المُتعاطفاتِ بالواوِ.

وقضيَّـةُ القاعدةِ في مثْلِـه الرُّجوعُ للجميـعِ، فيكونُ اللَّازمُ في الصُّـورةِ الثَّانيةِ درهمانِ فقَطْ، فلا بدَّ مِن تخصيصِها بما يخرجُ نحوَ ذلك.

ولـو قـال: «له عليَّ ثلاثـةُ دراهِمَ إلَّا درهمًـا ودرهمًا ودرهمًـا» أو «ثلاثةٌ إلَّا درهميْـنِ ودرهمًا» لزِمَه درهمٌ؛ لأنَّ المُسـتَثْنى إذا لم يُجمَـعْ مفرَّقُه لم يلْغُ إلَّا ما حصَلَ به الاستغراقُ، وهو درهمٌ.

---

(١) «الأنوار» (٢/ ٢٧).

(٢) في (ج)، (ش): «الاستثناء».

ولـو قال: «له علـيَّ ألفُ درهمٍ ومئـةُ دينارٍ إلَّا خمسـين» قال المَـاوَرْدِيُّ[1] والرُّويَانِيُّ[2]: إن أرادَ بالخَمسينَ المُستثناةَ جنسًا غيرَ الدَّراهمِ والدَّنانيرِ قُبلَ، أو أرادَ أحدَ الجنسيْنِ أو هُما قُبلَ منه، وإن فاتَ البيانُ عادَ إليهما.

وعلى هذا هل يعودُ الاستِثْناءُ إلى كلٍّ منهما فيسقُطُ خمسونَ دينارًا أو خمسونَ درهمًا أو يعودُ إليهما نصفين فيسقط خمسةٌ وعشرون مِن كلِّ جنسٍ؟ وجهانِ.

قال الإِسْنَوِيُّ في «الكوكب»: صحَّحَ الرُّويانِيُّ الأوَّلَ، ولم يُصحِّحِ الماوَرْدِيُّ شيئًا. انتَهى.

وقضيَّـةُ ذلكَ أنَّ العَـوْدَ إليهما مختَصٌّ بحالةِ فقْدِ البيـانِ، بخلافِ ما إذا أرادَ جنسًـا آخَرَ أو أحدَ الجنسـيْنِ، وفيه خفاءٌ؛ لأنَّ إرادةَ ذلكَ لا تُنافِي العَودَ إليهما، ولا تقتَضِي الاختصاصَ بأحدِهما أو بالمجموعِ.

فإن قلْتَ: على هذا فهل مرادُهما أنَّه يعودُ إلى أحدِهما أو إلى المجموعِ؟

قلْـتُ: هما في المعنى واحدٌ كمـا لا يخفى، فلا فائدةَ في تعيينِ أحدِهما ومنْعِ الآخـرِ، ومِن هنا يظهَرُ تخصيـصُ ما تقدَّمَ مِن تخصيصِ الاسـتِثْناءِ بالأخيرِ مِن المُتعاطفاتِ بما إذا اتَّحدَ نوعُ المُستَثْنى منه فليُتأمَّلْ.

ولا فـرْقَ في صحَّةِ الاسـتِثْناءِ بيـنَ تأخيرِ المُسـتَثْنى منه وتقديمِـه كما أطلَقَه المُصنِّفُ، فلو قال: «له عليَّ إلَّا عشـرة مئة» صحَّ، ولا بينَ الإثباتِ والنفْيِ كما أطلَقَه أيضًا، وهو مِن الإثباتِ نفْيٌ ومِن النَّفيِ إثباتٌ، فلو قال: «له عليَّ عشرةٌ إلَّا ثمانيةً إلَّا أربعةً» لزِمَه سـتَّةٌ، ولو قال: «ليس له عليَّ عشـرةٌ إلَّا خمسةً» لم يلزَمْه شيءٌ؛ لأنَّ عشرةً إلَّا خمسةً خمسةٌ، فكأنَّه قال: «ليس له عليَّ خمسةٌ»، ولو قال:

---

(١) «الحاوي الكبير» (٧/ ٢٣).
(٢) «بحر المذهب» (٦/ ١٠٩).

«ليس له عليَّ شيءٌ إلَّا عشرةً» لزِمَه عشرةٌ، ولو قال: «له عليَّ شيءٌ إلَّا خمسةً» لزِمَه تفسيرُ الشَّيءِ بما يزيدُ على خمسةٍ، وإن قلَّتِ الزِّيادةُ لتلزَمَه تلكَ الزِّيادةُ، ولو قال: «له عليَّ عشرةٌ إلَّا خمسةً إلَّا خمسةً» أو «عشرةٌ إلَّا خمسةً إلَّا عشرةً» لزِمَه خمسةٌ، ولَغَا ما حصَلَ به الاستغراقُ، ومنه يُستفادُ بُطلانُ الاستغراقِ وإن كان في الإثباتِ واللُّزومِ وفيه تغليظٌ عليه.

(**وَهُوَ**) أي: الإقرارُ بمالٍ أو غيرِه لأجنبيٍّ أو وارثٍ (**فِي حَالِ الصِّحَّةِ، وَ**) الإقرارُ في حالِ (**المَرَضِ**) للموتِ كذلكَ، (**سَوَاءٌ**) في الاعتدادِ بهما وعدمِ ترجيحِ تقديمِ أحدِهما على الآخرِ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه مُحِقٌّ ولا يقصِدُ حرمانَ بعضِ الورثَةِ، فإنَّه انتَهى إلى حالَةٍ يصدُقُ فيها الكذوبُ ويتوبُ فيها الفاجِرُ، حتَّى لو أقَرَّ في صحَّتِه لرجلٍ بدَينٍ ثُمَّ في مَرَضِه لآخَرَ بدَينٍ استَوَيا في المُضاربةِ في التَّركةِ بنسبَةِ دينيْهِما، أو أقَرَّ في صحَّتِه بدَينٍ لرجُلٍ ثُمَّ في مَرَضِه بعَينٍ لآخَرَ قُدِّمَ ذو العَينِ بها وإن لم يوجَدْ غيرُها، نعم للورثَةِ في الحالِ الثَّاني تحليفُ المُقَرِّ له أنَّ باطِنَ الأمرِ كظاهرِه، فإن نكَلَ حلَفُوا وسقَطَ أثَرُ الإقرارِ كما اعتمدَ ذلكَ الأَذْرَعِيُّ[1] وغيرُه وإن حُكِيَ عنِ القَفَّالِ خلافُه.

ولو أقَرَّ مريضٌ بهبَةٍ أو بإقباضِها في الصِّحَّةِ ولو لوارثٍ قُبِلَ، أو في المَرضِ فكذلكَ لكنَّه وصيَّةٌ، أو لم يُقيِّدْ بصحَّةٍ أو مرضٍ، أو قال في عينٍ معروفةٍ: «فهذه ملْكُ فلانٍ» حُمِلَ على حالِ المَرضِ؛ لأنَّ الحادثَ يُقدَّرُ بأقربِ زمنٍ، وكذا لو أقَرَّ بإعتاقٍ أو إبراءٍ بلا تقييدٍ، ولا يرِدُ ذلكَ على قولِه سواءٌ كما هو واضحٌ.



---

(١) «قوت المحتاج» (٣/ ١٠٧-١٠٨).

(فَصْلٌ)
في العَارِيَّةِ

بتشديدِ الياءِ، وقد تُخفَّفُ، وهي اسمٌ لِما يُعارُ، وللعقْدِ.

(وَكُلُّ مَا أَمْكَنَ الِانْتِفاعُ بِهِ) انتفاعًا جائزًا فإنَّه المُتبادَرُ شرعًا مِن الإطلاقِ، فخرَجَ: ما لا يُنتفَعُ به كحِمارٍ زَمِنٍ، وكذا جحشٌ صغيرٌ على ما هو قضيَّةُ قولِ «الجواهرِ»: ما جازَتْ إجارتُه جازَتْ إعارتُه، وما لَا فَلا.

وعلى هذا فالمُرادُ إمكانُ الانتفاعِ به حالًا، وقضيَّةُ ذلكَ امتناعُ إعارةِ الأرضِ للزِّراعةِ إذا لم يتأَتَّ الاشتغالُ بها ولا بمُقدِّماتِها حالًا، وقد يُفرَّقُ، ويُحتمَلُ الاكتفاءُ في العاريَّةِ المُقيَّدةِ بمُدَّةٍ يتأتَّى الانتفاعُ في بعضِها.

والفَرق بينَ العاريَّةِ والإجارةِ في مثْلِ هذا المِقدارِ ممكنٌ، وعلى هذا تصِحُّ إجارةُ الجَحْشِ المذكورِ مدَّةً يتأتَّى فيها الانتفاعُ به، وما يُنتفَعُ به انتفاعًا محرَّمًا كآلاتِ المَلاهِي، وكجاريةٍ للتَّمتُّعِ.

أمَّا إعارتُها للخدمةِ فجائزٌ[1] إن كان المُستعيرُ محرمًا أو امرأةً أو ممسوحًا، أو كأن يستعيرَها مِن مستأجرِها أو المُوصَى له بمنفعتِها أو زوْجِها، وتكونُ مضمونةً عليه ولو ليلًا إلى أن يُسلِّمَها لمالكِها، وكذا إن كانت هي صغيرةً لا تُشتهَى أو قبيحةً كما صحَّحَه في «الرَّوضَةِ»[2]، وإلَّا فلا يجوزُ، لكنَّها تصح كما قاله الغَزاليُّ وجزَمَ به ابنُ الرِّفْعَةِ وعلَّلَه بأنَّ المنْعَ في ذلكَ لغيرِه كالبيعِ وقْتَ النِّداءِ، وجعلَ فائدةَ الصِّحَّةِ عدمَ وجوبِ الأجرةِ، لكن قال الشَّيخانِ[3]: يُشبِهُ أن يُقالَ بالفسادِ كالإجارةِ للمنفعةِ المُحرَّمةِ، وهو الذي يُشعِرُ به إطلاقُ الجمهورِ نفْيَ الجوازِ.

---

(١) في (ج)، (ن): «فجائزة». (٢) «روضة الطالبين» (٤/ ٤٢٧).
(٣) «الشرح الكبير» (٥/ ٣٧٢)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٤٢٧).

وفـرَّقَ الإِسْـنَوِيُّ بينَ عـدمِ الجَوازِ هنا وجـوازِ إجارتِها والوَصيَّـةِ بمنفعتِها للأجنبـيِّ على ما دلَّ عليه عمومُ كلامِهم: بأنَّ المُسـتأجرَ والمُوصَى له يملكانِ المَنفعـةَ، فيُعيرانِ ويُؤجِّرانِ إنِ امتنَعَ عليهما الانتفاعُ بأنفسِـهما والإعارةُ إباحةٌ له فقَطْ، وإذا لم يستبِحْ لنفْسِه لم يكُنْ له فائدةٌ.

وبحَثَ الأَذْرَعِيُّ[1] تحريمَ إعارةِ الغـلامِ الجميلِ لخدمَةِ مَن عُرِفَ بالفُجورِ بالغِلمانِ، والجاريةِ الحَسـناءِ لمن عُرِفَتْ بسحقٍ أو قيادةٍ. ونظَرَ في جواز إعارةِ الأمةِ الكافرةِ مِن المُسلمةِ لخدمتِها التي لا تنفكُّ عن رُؤيتِها.

وقال الزَّرْكَشِـيُّ: لا وجْهَ لاسـتِثْنائِها، فإنَّه إنَّما يحرُمُ نظَرُ الزَّائدِ على ما يبْدُو في المهنةِ وفيما وراءَ ذلكَ يمكِنُ معَه الخدمةُ.

وما ذكَرَه مِن أنَّه إنَّما يحرُمُ نظَرُ الزَّائدِ أحدُ رأيَيْنِ في ذلكَ، ثانيهما: أنَّه يحرُمُ نظَـرُ جميعِ بدنِها. وقضيَّتُه امتنـاعُ العاريَّة كالأجنبيِّ، ولو مـرِضَ الأجنبيُّ ولم يجِدْ مَن يخدمُه إلَّا امرأةً فاستعارَها لذلكَ صحَّ للضَّرورةِ.

قال الإِسْـنَوِيُّ[2]: وسـكَتُوا عن إعارةِ العَبدِ للمرأةِ[3] وهو كعكسِه بلا شكَّ، ولو كان المُستعيرُ أو المُعارُ خُنْثى حرُمَتْ إعارتُه احتياطًا، وفي صحَّتِها ما تقدَّمَ عنِ الغزَاليِّ وغيرِه.

(مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ) في الجُملةِ؛ كعَبدٍ، ودابَّةٍ، ودارٍ، وثوبٍ وإن تلِفَ بالاستعمالِ بعْضُ أجزائِه.

فخـرَجَ: مـا لا يمكِـنُ الانتفـاعُ به إلَّا باسـتهلاكِ عينِـه؛ كالأطعمـةِ للأكْلِ، والشُّـموعِ للوقـودِ، والصَّابونِ للغسْـلِ، وكـذا النُّقودُ على الأصـحِّ، لكن قال

(١) «قوت المحتاج» (٣/ ٢١٧).
(٢) «المهمات» (٦/ ٦ -٧).
(٣) في (ج): «المرأة».

الشَّيخانِ[1]: السَّابقُ إلى الفَهمِ مِن كلامِ الأصحابِ أنَّ الخلافَ إذا أُطلقَتْ إعارتُها، فأمَّا إذا صرَّحَ بالإعارةِ للتَّزيينِ فينبَغِي أن يُقطَعَ بالصِّحَّةِ، وبه صرَّحَ المُتولِّي.

وبحَثَ شيخُ مشايخِنا إلحاقَ الأطعمَةِ بها في ذلكَ، والضَّربَ على صورتِها بالتَّزيينِ، ونيَّةَ إعارتِها للتَّزيينِ بالتَّصريحِ بإعارتِها له.

فإن قلْتَ: هلَّا صحَّتْ إعارةُ نحوِ الشُّموعِ كإعارةِ الثِّيابِ؛ لأنَّ فَناءَ أجزائِهِ بوَقودِهِ كفَناءِ أجزاءِ الثِّيابِ بلُبسِها، وقد صحَّتْ إعارتُها ولو مُطلقةً بحيثُ تَفْنَى جميعُ أجزائِها بالاستعمالِ، ومُجرَّدُ سرعةِ الفَناءِ هنا وبطؤُهُ هناكَ لا ينهَضُ فارقًا.

قلْتُ: الفرْقُ بينَهما أنَّ نحْوَ الوَقودِ لا يتقوَّمُ إلَّا بفَناءِ الأجزاءِ، بخلافِ اللُّبسِ يتقوَّمُ بدونِه وإنْ أفْضَى إليه بواسطَةِ التكرارِ والاستمرارِ؛ فتأمَّلْه.

والمُرادُ بالجَوازِ في قولِه: (**جَازَتْ إعارَتُهُ**) أي: واستعارتُه هو الحلُّ الصَّادقُ بالكراهةِ كما في إعارةِ الرَّقيقِ المُسلمِ للكافرِ، واستعارةِ الكافرِ له، وإعارةِ أمةٍ قبيحةٍ أو صغيرةٍ لا تُشتهَى لأجنبيٍّ، وكذا استعارتُها فيما يظهَرُ، وبالوجوبِ كما في إعارةِ نحْوِ الثَّوبِ لدفْعِ أذى حَرٍّ أو بَردٍ واستعارتُه لذلكَ، والظَّاهرُ أنَّ له طلَبَ الأُجرةِ؛ إذ لا يلزَمُه بذْلُ ملْكِه مجَّانًا، وإن وجَبَ بذْلُه كما يجِبُ إطعامُ المُضطرِّ مع جوازِ طلَبِ البذلِ.

ثُمَّ إن وُجِدَ عقْدٌ بلفْظِ الإجارةِ، فإنْ صحَّ وجَبَ المُسمَّى، وإلَّا فأجرةُ المِثلِ، أو بلفْظِ العاريَّةِ فهل هو عاريَّةٌ نظرًا للَّفظِ فيكونُ جائزًا مِن الجانبيْنِ، أو إجارةٌ نظرًا للمَعنى؟

ينبَغِي أن يُجرى فيه ما قالُوه فيما لو عُقدَتِ الوَكالَةُ بلفْظِها وشُرِطَ فيها جُعْلٌ معلومٌ، وقد رجَّحَ صاحبُ «الرَّوضِ» هناكَ تبعًا للرُّويانِيِّ أنَّها وكالةٌ، فيكونُ

(١) «الشرح الكبير» (٥/ ٣٧١)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٤٢٦-٤٢٧).

الأصـحُّ هنـا أنَّها عاريَّةٌ، لكِـنْ يظهَرُ هنـا أنَّها عاريَّةٌ فاسـدَةٌ وإن كانَـتِ الوَكالَةُ صحيحـةً؛ لأنَّ الوَكالَةَ لا تُنافِي العِوضَ بخلافِ العاريَّةِ، ثُمَّ رأيتُ الشَّـيخيْنِ[1] هنـا ذكَرَا في نحْوِ قولِـه: «أعرْتُكَ داري شـهرًا مِن اليومِ بعشـرَةِ دراهِمَ» هل هو عاريَّةٌ فاسدةٌ أو إجارةٌ صحيحةٌ؟ وجهيْنِ، واقتضى كلامُهما كما قال الإِسْنَوِيُّ[2] تصحيحَ الثَّاني اعتبارًا بالمَعنى، وبه جزَمَ في «الأنوارِ»[3].

لا يُقـالُ: إذا أدَّى طلَـبُ الأجرةِ[4] إلى الإجـارةِ الصَّحيحةِ أو الفاسـدةِ تارةً والعاريَّـةِ الفاسـدةِ أُخرى نافَى قولَهـم بوجوبِ العاريَّةِ فيما ذُكِرَ، ولا شـبهَةَ أنَّ مرادَهـم العاريَّةُ الصَّحيحةُ؛ لأنَّا نقـولُ: لا منافاةَ؛ لأنَّ المُرادَ أنَّـه تجِبُ العاريَّةُ وتكـونُ صحيحةً حيـثُ لم يطلبْ أجرةً، فـإن طلَبَها أدَّى الحالُ إلـى ما ذكَرْنا، وهذا في غايةِ الوُضوحِ.

والمُـرادُ بالمنافعِ في قولِـه: (**إِذَا كَانَتْ مَنَافِعُهُ**) أي: التي أُعيـرَ لها ما يُنتفَعُ به منه الشَّـاملُ للأعيانِ، لا ما يقابِلُها فقَطْ، وإلَّا لزِمَ فسـادٌ واسـتدراك حمل قوله: (**آثَـارًا**) لا أعيانًا كالخدمةِ في العبدِ واللُّبسِ في الثَّوبِ والسُّـكنى في الدَّارِ والتَّبرُّدِ والاغتسالِ بالماءِ وستْرِ العَورةِ به إذا كان كدرًا فقدْ صرَّحَ الإِسْنَوِيُّ بصحَّةِ إعارتِه لذلكَ قال: فإنَّ الشُّـروطَ فيه موجودةٌ والمقدارُ الذي يتشـرَّبُه البدَنُ مِن ضرورةِ الاستعمالِ بمثابَةِ الأجزاءِ المنسحقةِ[5] من الثَّوبِ عندَ استعمالِه. انتهى.

ويُمكِنُ الفرْقُ بينَهمـا أخذًا ممَّا قدَّمْناه في الفرْقِ بينَ الوقودِ واللُّبسِ، وقضيَّةُ مـا وجَّـهَ به أنَّه لـو كان الماءُ يسـيرًا بحيثُ يسـتهلِكُه التَّبرُّدُ به بالكليَّـةِ لم تصِحَّ

---

(١) «الشرح الكبير» (٥/ ٣٧٥)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٤٣٠).

(٢) «المهمات» (٦/ ١٢).

(٣) «الأنوار» (٢/ ٣٦).

(٤) في (ج): «الأجر».

(٥) في (ج)، (ن): «المستحقة».

العاريَّةُ[١] وهو قريبٌ، ولو أعارَ ماءً قليلًا لغسْـلِ ينجِّسُـه كما في الغسْـلةِ الأُولى مِـن المغلَّظـةِ فهل تصِحُّ العاريَّةُ لإمكانِ الانتفاعِ مع بقـاءِ العيْنِ والانتفاعِ بها في نحْوِ إطفاءِ نارٍ؟

غايةُ الأمرِ أنَّه يلزَمُ تنجيسُ الماءِ، وهو جائزٌ لمثْلِ هذا الغرَضِ، أو لا يجوزُ؛ لأنَّ التَّنجيسَ إتلافٌ للعيْنِ شرعًا وهو كإتلافِها حسًّا فيه نظرٌ.

وقضيَّـةُ إطلاقِ المُصنِّفِ كغيرِه الأوَّلُ، فخرَجَتِ الإعارةُ لاسـتعادَةِ الأعيانِ فلا تصِحُّ، لكِنْ ذكَرَ الشَّـيخانِ في «الرَّوضَةِ»[٢] و«أصْلِها»[٣] أنَّه لو دفَعَ شـاةً إلى رجلٍ وقال له: «ملَّكْتُكَ درَّهَا ونسْـلَها» فهي هبةٌ فاسـدةٌ، وما حصل في يدِه مِن الدَّرِّ والنَّسـلِ كالمَقبوضِ بالهِبةِ الفاسدةِ والشَّاةِ مضمونةٌ بالعاريَّة الفاسدة، ولو قال: «أبحْتُ لكَ درَّها ونسْلَها» فوجهانِ:

أحدُهما: أنَّه كقولِه: «ملَّكْتُكَ».

والثَّاني: أنَّها إباحةٌ صحيحةٌ والشَّاةُ عاريةٌ، وبه قطَعَ المُتولِّي.

زادَ في «الرَّوضَـةِ»[٤]: هـذا أصـحُّ، واختـارَه القاضـي أبو الطَّيِّـبِ وصاحبُ «الشَّـاملِ»، وحكَمَ هذان والمُتولِّـي بالصِّحَّةِ فيما إذا أعارَه الشَّـاةَ ليأخُذَ لبَنَها، أو أعارَه شـجرةً ليأخُذَ ثمَرَها، قالا: فعَلى هذا قد تكونُ العاريَّةُ لاسـتفادَةِ عيْنٍ، وليس مِن شرْطِها أنْ يكونَ المقصودُ مُجرَّدَ المَنفعةِ، بخلافِ الإجارةِ. انتَهى.

وعلـى هذا فالشَّـرطُ في العاريَّـةِ ألَّا يقتَضِيَ المقصودُ بها اسـتهلاكَ عيْنِها إلَّا أنْ يكـونَ المقصودُ بها العَيـنَ، فتصِحُّ إعارةُ الدَّواةِ للكتابـةِ بمِدادها دونَ إعارةِ مِدادهـا للكتابةِ منه ودون إعارةِ بعضِ الأجسـامِ لحَكِّـه والاكتحالِ بما ينفصِلُ

(١) في (ج): «الإعارة».
(٢) «روضة الطالبين» (٤/ ٤٢٨).
(٣) «الشرح الكبير» (٥/ ٣٧٣).
(٤) «روضة الطالبين» (٤/ ٤٢٨).

منه، أو أكْلِه للتَّداوي به مثلًا كما صحَّ إعارةُ الشَّاةِ للَبَنِها والشَّجرةِ لثمرتِها دونَ إعارةِ نفسِ اللَّبنِ والثَّمرةِ.

ثُمَّ رأيتُ الإِسْنَوِيَّ لمَّا ذكَرَ مسألةَ الشَّاةِ والشَّجرةِ قال: وقياسُه الجَوازُ في الكتابةِ مِن الدَّواةِ إلَّا أن يُفرَّقَ بالاستخلافِ. انتهَى. والأوْجَهُ ما تقدَّمَ، ولا نُسلِّمُ تأثيرَ هذا الفرْقِ هنا.

(وَتَجُوزُ العَارِيَّةُ) حالةَ كونِها **(مُطْلَقَةً**[1]**)** عنِ التَّقييدِ بمُدَّةٍ **(وَمُقَيَّدَةً**[2] **بِمُدَّةٍ)** معلومَةٍ، وإنَّما ذكَرَ الحالَ ميلًا إلى جانبِ المَعنى فإنَّ العاريَّةَ هنا بمَعنى العَقْدِ، وفي الحاليْنِ للمُعيرِ الرُّجوعُ متى شاءَ، وللمُستعيرِ الرَّدُّ متى شاءَ فهي جائزةٌ مِن الجانبيْنِ فتنفسِخُ بموتِ أحدِهما وجنونِه وإغمائِه، والحَجْرُ عليه بسَفَهٍ، وكذا بالحَجْرِ على المُعيرِ بفَلَسٍ كما بحَثَه شيخُ مشايخِنا.

وإذا انفسَخَتْ أو انتهَتْ لزِمَ المُستعيرَ أو وارثَه إن كان ميتًا، أو وليَّهُ إن جُنَّ أو حُجِرَ عليه بسَفَهٍ ردُّها فورًا، وإن لم تُطلبْ كما لوْ طيَّرَتِ الرِّيحُ ثوبًا إلى دارِه، وإن كان الرَّدُّ هناكَ بالتَّخليةِ، فإن أخَّرَه الوَرثَةُ فإن كان لعَدمِ تمكُّنِهم منه فهي مضمونةٌ في تركةِ المُستعيرِ ولا أجْرةَ، وإلَّا فهي مضمونةٌ عليهم مع الأُجرةِ، ومؤنةُ الرَّدِّ في هذه الحالةِ عليهم، وفي الأُولى على التَّركةِ، فإن لم تكُنْ تركةٌ فليس عليهم غيرُ التَّخليةِ.

وكالورثَةِ فيما ذكَرَ: الوَليُّ، ولوِ انتفَعَ المُستعيرُ بعدَ رجوعِ المُعيرِ جاهلًا به لم تلزَمْه الأجرةُ.

واستُشكِلَ بأنَّ الضَّمانَ لا يختلِفُ بالجَهلِ وعدمِه، وأجابَ الزَّرْكَشِيُّ بأنَّ

---

(١) في (ج)، (ن): «مطلقًا». (٢) في (ن): «ومقيدًا».

ذاكَ عندَ عدَمِ تسليطِ المالكِ وهنا بخلافِه، والأصْلُ بقاءُ تسليطِه، وبأنَّه المُقصِّرُ بتَركِ الإعلامِ.

وقضيَّتُـه أنَّـه لوِ انتَفَع بعـدَ موتِه أو نحـوِ جنونِه جاهلًا به لزِمَتـه الأجرةُ؛ إذْ لا اعتدادَ باستصحابِ تسليطِه مع خُروجِه عنْ أهليَّةِ الإباحةِ مع انتفاءِ تقصيرِه بتَركِ الإعـلامِ، وهو غيرُ بعيدٍ، وقد تلـزَمُ مِن الجانبيْنِ؛ كأنْ كفَّنَ أجنبـيٌّ ميِّتًا بناءً على الأصـحِّ مِن بقاءِ الكفَنِ على ملْكِ الأجنبـيِّ فيمتنِعُ الرُّجوعُ قبلَ الدَّفنِ وبعدَه، أوِ اسـتعارَ أرضًا لدفْنِ ميِّتٍ وقد وُضِعَ في قبْرِه فيمتنِعُ الرُّجوعُ ولو قبلَ مُواراته، ولا أُجرةَ أيضًا كما صرَّحَ به المَاوَرْدِيُّ[1] والبَغَوِيُّ[2] وغيرُهما؛ لأنَّ العُرفَ غيرُ قاضٍ به، والميِّتُ لا مالَ له، ويُؤخَذُ منه عدمُ الأجرةِ أيضًا في مسألةِ الكَفَنِ السَّابقةِ.

أو اسـتعارَ سـفينةً فطرَحَ فيها مالًا وهي في اللُّجَّةِ، أو آلةً لسقْيِ محترَمٍ يُخشَى هلاكُـه، أو ثوبًـا ليُؤدِّيَ فيها مكتوبـةً وقد أحرَمَ بها فيمتنِعُ الرُّجـوعُ في الثَّلاثةِ مع الأجرةِ كما بحَثه في «المطلبِ» في الأُولى والبقيَّة في معناها.

وقـد تلزَمُ مِـن جانبِ المُعيرِ فقَطْ، كما لو قال: «أعِيـرُوا داريَ بعدَ موتي لزيدٍ شـهرًا»، أو نذَرَ أن يُعيرَ مدَّةً معلومةً، أو ألَّا يرجِعَ، ومِن جهةِ المُسـتعيرِ فقَطْ كما في إسـكانِ المُعتـدَّةِ، وفيما لوِ اسـتعارَ آلةَ الاسـتقاءِ لتطهيرٍ وقد ضـاقَ الوقْتُ، وظاهرٌ أنَّه إذا رجَعَ المُعيرُ في هذيْنِ فله الإبقاءُ بالأجرةِ.

(وَهِيَ) أي: العاريَّةُ بمعنى الشَّيءِ المُعارِ على طريقِ الاستخدامِ إذا تلِفَتْ هي أو بعضُها بغيرِ الاسـتعمالِ المأذونِ فيه ولو في حالةِ الاسـتعمالِ، وبآفةٍ سماويَّةٍ وبلا تقصيرٍ، كأن سقطَتْ حالَ سيْرِها في بئرٍ أو تقرَّحَ ظهْرُها لا بسببِ الاستعمالِ وفي يدِ مالِكها المستعانِ به في تحصيلِ تلكَ المنفعةِ.

---

(١) «الحاوي الكبير» (٧/ ١٣٠ - ١٣١).

(٢) «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٢/ ٤٤٦).

كمـا لـو قال لرجـلٍ: «احملْ متاعِيَ هـذا على دابَّتِـكَ» فحمَلَ مالـكُ الدَّابَّةِ متاعَـه علـى دابَّتِه فتلِفَـتْ، أي: لا بسـببِ الحَملِ، أو اسـتعارَ ثوريْـنِ للحَرْثِ واسـتعانَ بمالكيهما فحرَثَ عليهما فتَلِفَا أي: لا بسببِ الحرْثِ، كما جزَمَ به في «التَّهذيبِ»[١]، ونقَلَـه في «الفتاوي» عنِ الأصحابِ في الأُولى، وصرَّحَ به بعضُ المُتأخِّرين في الثَّانيةِ، وهي كالأُولى بلا شبهةٍ.

بخلافِ ما لو أكْرَهَ رجلًا ليحمِلَ له على دابَّتِه فحمَلَها وتلِفَتْ في حالِ الحمْلِ في يدِ مالكِها، وما لو قال لإنسانٍ: «خذ هذه الوديعةَ واحفَظْها في هذا الصُّندوقِ» ثُمَّ تلِفَ الصُّندوقُ؛ لأنَّ كلًّا مِن الدَّابَّةِ في الأُولى والصُّندوقِ في الثَّانيةِ غيرُ مستعارٍ.

(**مَضْمُونَـةٌ عَلَى المُسْـتَعِيرِ**)؛ لخبَرِ أبـي داود وغيرِه: «**العَارِيَـةُ مَضْمُونَةٌ**»[٢]، (**بِقِيمَتِهَا يَوْمَ تَلَفِهَا**) كالمأخوذِ بالسَّـومِ، ولو أُريدَ بتلَفِها ما يعمُّ الشَّـرعيَّ شـمِلَ نحْوَ غصْبِها وسرقتِها، ومعلومٌ أنَّ القيمةَ حينئذٍ للحيلولةِ.

وفي «الأنـوارِ»[٣]: أنَّـه لا أجرةَ على المُسـتعيرِ لمُدَّةِ الغصْبِ والسَّـرقةِ إن لم يتعـدَّ. وهـو ظاهرٌ، ولو شـرَطَ كوْنَهـا أمانةً أو ضمانَهـا بقدْرٍ معيَّنٍ لـم يختلِفِ الحالُ؛ إذِ الشَّـرطُ لاغٍ دونَ العاريَّةِ فيهما كما اقتَضَاه كلامُ الإسْنَوِيِّ في الأُولى، وصرَّحَ به المُتولِّي في الثَّانيةِ، وإن توقَّفَ فيه الأَذْرَعِيُّ.

أو أخَذَ بها رهنًا أو ضَمينًا لم يجُزْ؛ لأنَّهما لا يصحَّانِ بالأعيانِ، أو شرَطَ ذلكَ فيها بطلَتْ، فإذا أخذَها المُستعيرُ ضمِنَها، وفي ضمانِ المَنفعةِ وجهانِ جاريانِ في

---

(١) «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٤/ ٢٨٧).

(٢) رواه أبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (١٢٦٥) وقال: حديث حسن، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٤٩)، وابن ماجه (٢٣٩٨) من حديث أبي أمامة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) «الأنوار» (٢/ ٣٨).

كلِّ عاريةٍ بطلَتْ بشـرطٍ ذكرَ ذلكَ المَاوَرْدِيُّ[١]، وخالفَه القَفَّالُ فقال: إذا وقَفَ كتابًا على عامَّةِ المُسلمينَ واشترَطَ في الوقْفِ أن لا يُعارَ إلَّا برهْنٍ لم يجُزْ للنَّاظرِ إعارتُه إلَّا به[٢]. انتَهَى.

وأوجه الوَجهيْنِ: عدمُ الضَّمانِ؛ أخذًا مِن قاعدةِ أنَّ فاسدَ كلِّ عقدٍ كصحيحِه، وما ذكَرَه المَاوَرْدِيُّ في الرَّهنِ هو المُوافقُ لاشتراطِ الأصحابِ كوْنَ المَرهونِ به دَيـنًا. قال بعضُهم: ومنْعُ أخْذِ الضَّمينِ بالعَينِ خلافُ الرَّاجحِ المَعروفِ في بابِه، وقـال بعضُهم: الظَّاهـرُ تخصيصُ هذا بالابتداءِ، وما ذكَـرَه الأصحابُ هناكَ في الدَّوامِ انتَهَى. وفيه نظرٌ.

والأوْجَـهُ أنَّ كلامَ المَاوَرْدِيِّ مخالفٌ لِما ذكَرُوه في ضَمانِ الأعيانِ كما تقدَّمَ في فصْـلِ الكفالةِ بدليلِ تعليلِه بما ذكَرَه، ولو كانَتِ العاريَّةُ عبديْنِ فقتَلَ أحدُهما الآخَرَ عَمدًا فاقتَصَّ المالِكُ ضَمِنَ المُستعيرُ قيمتَهما كما قاله أبو شُكَيْلٍ وغيرُه، وفرَّقَ غيرُه بينَ هذا ونظيرِه مِن الغَصْبِ بأنَّ المُستعارَ يضمَنُ رقبتَه دونَ جنايتِه، والمَغصـوبَ يضمَـنُ رقبتَه وجنايتَـه، فإذا اقتَـصَّ المالكُ مِن المَغصـوبِ فقَدِ اسـتوْفَى متعلَّقَ الغَصْبِ وسـقَطَ عنِ الغاصبِ حُكمُ الغَصْبِ في الرَّقبةِ وفي هذه الجنايـةِ، وإذا اقتَصَّ المُعيرُ فقَدِ اسـتوْفَى شـيئًا لا تعلُّقَ له بالعاريَّـةِ ولا يضمَنُه المُستعيرُ فيَبْقى حُكمُ العاريَّةِ بحالِه، وهو ضمانُ العَبديْنِ، فليُتأمَّلْ.

وظاهـرُ كلامِ المُصنِّـفِ كغيـرِه أنَّ العاريَّةَ مضمونةٌ بالقِيمـةِ وإن كانت مثليَّةً كالخَشبِ والحَجرِ، وبه جزَمَ في «الأنوارِ»[٣] واقتضاه كلامُ جمْعٍ.

---

(١) «الحاوي الكبير» (٧/ ١٣١).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ١٥٠).

(٣) «الأنوار» (٢/ ٣٨).

وقـال ابنُ أبـي عَصرونَ: يضمَـنُ المِثْليَّ بالمِثْـلِ. وجَرَى عليه السُّـبكيُّ(١)، ومحَـلُّ ضَمـانِ العاريَّـةِ إذا لـم يكُنِ المُعيـرُ مُسـتحقًّا للمَنفعَةِ فقَطْ كمُسـتأجِرٍ وموصًـى لـه بها، فإنْ كانَتِ الإجارةُ فاسـدةً ضمِنَا، والقرارُ على المُسـتعيرِ كما صرَّحَ به البَغَويُّ.

ومِن هنا يُعلَمُ جوازُ الإعارةِ لمالكِ المَنفعةِ فقَطْ، لكن يُشتَرطُ كونُ المُستعيرِ ممَّـن يجوزُ إيداعُ تلكَ العَينِ عندَه كما بحثَـه الأَذْرَعِيُّ. قال: ووجْهُهُ ظاهِرٌ ولم أرَه نصًّا(٢).

أمَّا إذا تلِفَتْ بالاستعمالِ المأذونِ فيه كانسحاقِ الثَّوبِ أو انمِحاقِه باللُّبسِ، وتلَفِ الدَّابَّةِ بالحَمْلِ أو الرُّكوبِ المُعتادِ، وانكسـارِ السَّيفِ في القتالِ، فهي غيرُ مضمونةٍ عليه.

ولوِ اختلَفا هل تلِفَتْ بالاستعمالِ المأذونِ فيه أم بغيـرِه، فالأوْجَهُ وِفاقًا لِما أفْتَى به بعضُ مشايخِنا أنَّ القولَ قولُ المُستعيرِ؛ لأنَّ الأصلَ براءةُ ذمَّتِه، ولا يرِدُ عليـه أنَّ يدَه يدُ ضَمـانٍ؛ لأنَّه بمعْنَى أنَّه سـببٌ في الضَّمانِ إذا وُجِدَ سـببُه، وهو التَّلفُ بغيرِ الإذْنِ، لا بمَعْنى أنَّها سـببٌ للشُّغلِ على الإطلاقِ، ولا يضمَنُ ثيابَ العاريَّةِ كثيابِ المأخوذِ بالسَّومِ؛ لأنَّه لم يأخُذْها لاستعمالٍ ولا سَومٍ، ولا ولدَها حتَّـى لـو تبِعَها ولدُها أو ولَدَتْ عندَه كان أمانةً شـرعيَّةً فـإذا تمكَّنَ مِن ردِّه ولم يرُدَّه ضمِنَه، ويضمَنُ إكافَ الدَّابَّةِ ونحوَه.



(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٣٢٨).
(٢) «قوت المحتاج» (٣/ ٢١٣).

(فَصْلٌ)
فِي الغَصْبِ

وحقيقتُه كما في «الأنوار» ضمانًا وإثمًا[1]: الاستيلاءُ على مالِ غيرِه عُدوانًا، وضمانًا فقَطْ: الاستيلاءُ عليه[2].

أي: بغيرِ إذْنٍ بلا تعدٍّ؛ كلُبسِ ثوبِ مُودعٍ غَلطًا، وإثمًا فقَطْ: الاستيلاءُ على محترَمٍ لا ماليَّةَ له عُدوانًا.

وخرَجَ بقولِنا: «بغيرِ إذْنٍ» استيلاءُ نحوِ الوكِيلِ، والمُودعِ، والمُستأجرِ، والمُستعيرِ، والمرُتهنِ.

(وَمَنْ غَصَبَ) مِن أهلِ الضَّمانِ **(مَالًا)** أي: متموَّلًا **(لِأَحَدٍ)** وذلكَ بأنْ نقَلَ المنقولَ، لا بقصْدِ نحْوِ نظَرِه ليشتَرِيَه، أو يتَّخذَ مثْله، أو ركِبَ الدَّابَّةَ، أو جلَسَ على الفِراشِ ولو بلا نقْلٍ ولا قصْدِ استيلاءٍ، أو أخرجَه عن دارِه ودخَلَها وإن لم يقصِدِ الاستيلاءَ، أو لم يدخُلْها لكنَّه صارَ يعدُّ مستوليًا عليها، أو دخلَ دارَ غائبٍ بقصْدِ الاستيلاءِ ولو ضعيفًا لا يعَدُّ مُستوليًا على صاحبِها.

وكركوبِ الدَّابَّةِ: استخدامُ العبدِ، كما قاله ابنُ كَجٍّ[3].

ويُوافقُه قولُ القاضي فيمن أعْطَى عبدَ إنسانٍ شيئًا ليُوصِلَه إلى بيتِه بغيرِ إذْنِ سيِّدِه أنَّه يكونُ غاصبًا له؛ لأنَّه لوِ استعارَه لذلك ضمِنَه.

وفي «فتاوي البَغويِّ» أنَّه إن كان أعجميًّا يَرَى طاعةَ غيرِ سيِّدِه واجبةً فيما يأمُرُه، أو صغيرًا، أو مميِّزًا لكن قال له الذي استعمَلَه: «إنِّي استأجَرْتُك مِن

---

(١) في «الأنوار»: «وعصيانًا».

(٢) «الأنوار لأعمال الأبرار» (٢/ ٤٧).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٣٤٠).

سـيِّدك»، أو بعَثَ الزَّوجُ عبْدَ زوجتِه في شـغْلِه دونَ إذْنِهـا، أو بالعكسِ مميِّزًا أو غيرَه، ضمِنَ، وإلَّا فلَا.

وكالجُلوسِ على الفِراشِ نحوه أخذًا ممَّا في «فتاوي البغويِّ» مِن أنَّه لو رَأَى لقطَةً في الطَّريقِ فوضَعَ رجْلَه عليها لم يضمَنْها، فإنْ تحامَلَ عليها ضمِنَ.

وقـال المُتولِّي فيمن رَأَى شـيئًا مطروحًا على الأرضِ فرفَعَـه برجْلِه ليعرِفَ جنْسَه ولم يأخُذْه حتَّى ضاعَ لم يضمَنْه؛ لأنَّه لم يحصُلْ في يدِه[1].

واستشـكَلَه بعضُهم على ما تقدَّمَ عنِ البَغويِّ في التَّحامُلِ؛ لأنَّ الاستيلاءَ هنا أقْوَى.

ويُجابُ باحتمالِ نفْيِ المُتولِّي الضَّمانَ هناكَ أيضًا وتسـويةِ البَغَوِيِّ بينَهما في الضَّمانِ، أو الفرْقُ بأنَّ مُجرَّدَ الرَّفعِ بالرِّجلِ لا يُعَدُّ استيلاءً؛ فليُتأمَّلْ.

بخلافِ مُجرَّدِ رفْعِ المنقولِ لا يكونُ غصبًا له أخذًا مِن تقييدِهم بالنَّقلِ، نعَمْ إن كان خفيفًا يُتناولُ باليدِ عادةً فمُجرَّدُ رفْعِه غصْبٌ له كما هو واضحٌ، والكلامُ في منقـولٍ ليـس بيدِه، أمَّا ما بيدِه بنحْـوِ وديعةٍ فمُجرَّدُ إنـكارِه غصْبٌ بلا توقُّفٍ على نقْلٍ.

وبخلافِ ما لو دخلَ دارَ الغائبِ لنحْوِ تفرُّجٍ ونظَرٍ لها هل تصلُحُ له، أو ليتَّخِذَ مثْلَها أو لا بقصْدِ شـيءٍ، فلا يكونُ غاصبًا لها، بل ولا يضمَنُها، وإن تلِفَتْ وهو فيهـا، بخلافِ ما لو رفَعَ المنقـولَ مِن بينِ يدي مالكِه لذلك فتلِفَ في يدِه أو بعدَ وضْعِـه لا بينَ يدي مالكِه، فإنَّه يضمَنُه، أي: بقيمته يوم التَّلفِ؛ إذْ لا غصْبَ كما هـو ظاهـرٌ؛ لأنَّ يدَه عليه حقيقةً، فلا يحتاجُ في إثبـاتِ حكْمِها إلى قرينةٍ، وعلى

---

(١) ينظر: «روضة الطالبين» (٥/ ٤١٦).

العقارِ حكميَّةً فلا بدَّ في تحقيقِها[1] مِن قرينةِ قصْدِ الاستيلاءِ، والقولُ في القصْدِ قولُه بيمينِه، وحيثُ جُعِلَ غاصبًا للدَّارِ ففي كونِه غاصبًا لأمتعةٍ فيها وجهانِ:

أحدُهما: لا، إلَّا أن يمنَعَ المالكَ منها، وبه أجابَ المُتولِّي.

وثانيهُما: نعَمْ، وبه أجابَ القاضي في كتاب «الأسرارِ»، والخُوارزميُّ في «الكافي».

والخلافُ كالخلافِ فيمَنِ اشْتَرى دارًا ومتاعَها فخلَّى البائعُ بينَها وبينَ ما اشتَراه هل يكونُ قابضًا للمتاعِ؟

قال الأَذْرَعيُّ[2]: الأقرَبُ أنَّه غاصبٌ، ويحتملُ أنَّه إن قصَدَ الاستيلاءَ أو منَعَ المالكَ فغاصِبٌ، وإلَّا فلَا، ولوِ استوْلَى على بعضِ الدَّارِ كان غاصبًا له فقَطْ، أو شارَكَ المالكَ وفي معناه غيرُه ممَّن يدُه على الدَّارِ بحقٍّ كالمُودعِ في الاستيلاءِ عليها كان غاصبًا لنصْفِها، وإن كان قويًّا والمالكُ ضعيفًا. نعَمْ إن كان ضعيفًا لا يُعَدُّ مستوليًا على المالِكِ لم يكُنْ غاصبًا لشيءٍ.

قال الأَذْرَعِيُّ[3]: هلِ الفَرضُ فيما إذا كان المالِكُ[4] في الدَّار مع الغاصِبِ لا غيرَ، أم لا فرْقَ بينَ كونِ المالكِ وأهْلِه وولدِه معهما في الدَّار؟ وهل يفتَرِقُ الحالُ بينَ كونِ الدَّارِ معروفةً بملْكِ صاحبِها أم لا؟ لم أرَ في ذلكَ شيئًا. انتَهَى.

ولو حضَرَ صاحِبُ الفِراشِ مع الغاصبِ ولم يُزعِجْه هو عنه لكنَّه بحيثُ يمنَعُه التَّصرُّفَ فيه كان غاصبًا للنِّصفِ فقَطْ أخذًا ممَّا ذُكِرَ في الدَّارِ، والمُرادُ بحضورِه مشاركتُه الغاصِبَ في الجلوسِ عليه، لا مُجرَّدُ وجودِه هناكَ مِن غيرِ جلوسٍ، وإلَّا فلا معنى حينئذٍ لقصْرِ الغصْبِ على النِّصفِ كما لا يخْفَى.

---

(١) في (هـ): «تحققها».

(٢) «قوت المحتاج» (٣/ ٢٥٦).

(٣) «قوت المحتاج» (٣/ ٢٥٧).

(٤) في (هـ): «المالك بمفرده».

وحيثُ لم يُجعلَ غاصبًا للدَّارِ فقد جزَمَ بعضُ المُتأخِّرين بلزومِ أُجرةِ المِثْلِ، وبعضُهم بعدمِ اللُّزومِ.

ورجَّحَ في «الخادمِ» الأوَّلَ حيثُ قال بعدَ كلامٍ ساقَه ما نصُّه: يُؤخَذُ منه مسألةٌ كثيرةُ الوقوعِ: شخْصٌ يدخُلُ غيرَ دارِه أو بستانِه على سبيلِ التَّنزُّهِ دونَ الغصْبِ، والظَّاهرُ أنَّه تلزَمُه الأجرةُ، وقد قال صاحِبُ «التَّتمَّةِ» فيمن جلَسَ مع غيرِه على بِساطِه بغيرِ إذْنِه تلزَمُه الأجرةُ وإن لم يُزعِجِ المالِكَ، ومسألتُنا أَوْلَى بالوجوبِ.

ولا يشكِلُ عليه ما في «فتاوي» القاضي الحُسينِ أنَّه لو دخلَ سارقٌ دارَ إنسانٍ فلم يُمكِنْه الخروجُ زمانًا وبقِيَ مختفيًا لا تجِبُ عليه أجرةُ المِثْلِ؛ لأنَّه لم يستوْلِ عليها بإزالةِ يدِ المالِكِ، بخلافِ الغاصبِ. انتَهى.

والفرْقُ أنَّ الدَّاخلَ للتَّنزُّهِ يقصِدُ الانتفاعَ كالجالسِ على البِساطِ، بخلافِ السَّارقِ فإنَّ الضَّرورةَ أرهقَتْه. انتَهى.

(لَزِمَهُ) إن كان المَغصوبُ باقيًا (رَدُّهُ) إليه ولو بوضْعِه عندَه، وردُّ الدَّابَّةِ إلى إصطبْلِه إن علِمَ فيهما، ولو بخبَرِ ثقةٍ، أو إلى وكِيلِه، أو إلى أمينٍ غيرِ ملتقطٍ غصب منه؛ كمُودعٍ، ومستأجرٍ، ومرتهنٍ، وعبدِ المالِكِ فيما أخَذَه بإذْنه واختَصَّ به؛ كثوبِه، وآلةِ حرفَتِه كمِسحاةٍ يعمَلُ بها، وفي الرَّدِّ إلى المُستعيرِ وجهانِ بزوائدِه مُطلقًا كالولدِ والثَّمرةِ والبَيضِ وسِمنِ الدَّابَّةِ والجاريةِ عندَه، فإن تعذَّرَ ردُّه لنحْوِ إباقٍ فللمالِكِ أخْذُ القيمةِ للحيلولةِ أقصى ما كانت مِن الغصْبِ إلى المُطالبَةِ.

قال الإِسْنَوِيُّ: وينبَغِي إذا زادَتِ القيمةُ بعدَ هذا أن يُطالِبَ بالزِّيادةِ؛ لأنَّها على ملْكِه، بل قد تؤخَذُ القيمةُ للحيلولةِ مع ردِّه، كما لو حَملَتِ المَغصوبةُ في يدِ الغاصبِ بحُرٍّ، فإنَّه إذا سلَّمَها للمالِكِ وجَبَ عليه أيضًا قيمتُها للحيلولةِ؛ لأنَّ الحامِلَ بحُرٍّ لا تباعُ، نقلَه الإِسْنَوِيُّ في «ألغازِه» عن «ألغازِ الطَّبَرِيِّ» وأقرَّه.

وتملـكُ القيمةُ كما قال جمْعٌ منهم القاضي والإمـامُ مِلْكَ قَرضٍ؛ لأنَّه يُنتفعُ بهـا على حُكمِ ردِّها أو ردِّ بدَلِهـا عندَ ردِّ العينِ[١]، فينفُـذُ تصرُّفه فيها كالقَرْضِ، وقضيَّـةُ كونِ ملْكِها ملْكَ قَرضٍ امتناعُ تعويضِ جاريةٍ تحِلُّ للمَغصوبِ منه عنها كمـا قاله بعضُهم، لكنِ السُّـبكيُّ جزَمَ بالجَوازِ، ونقَلَ في جوازِ الاسـتمتاعِ تردُّدًا عنِ ابنِ أبي الدَّمِ تفقُّهًا، وعليه فيُمكِنُ الفَرقُ بينَ ما هنا والقَرضِ.

ولا يلـزَمُ المالكَ قبـولُ القيمةِ[٢]، ولا يصِحُّ إبراؤُهُ عنها؛ إذ ليسـت حقًّا ثابتًا في الذِّمَّـةِ، فلو ظفَرَ الغاصبُ بالمَغصوبِ منه فليس له حبْسُـه لاسـتردادِ القيمةِ، بل للمالِكِ اسـتردادُه وردُّ القيمةِ بزوائدِها المتَّصلةِ، وللغاصِبِ ردُّه واستردادُها كذلـكَ، فـإنِ اتَّفقَا[٣] بعدَ ردِّه على تـركِ التَّرادِّ فلا بدَّ مِن عقْـدٍ، أو قبلَه لم يُحتَجْ إليه، ولا يجوزُ إبدالُها بغيرِ تَراضٍ.

وفي معنـى اسـتردادِ المالكِ المَغصـوبَ: عتقُـه بإعتاقِه، أو موتُـه في الإيلادِ، وإخراجُـه عـن ملْكِه بنحـوِ وقْفٍ، فللغاصـبِ اسـتردادُ القيمةِ حينئـذٍ، ولو نقَلَ المغصـوبَ إلى بلدٍ آخَرَ فللمالِكِ مطالبتُه بردِّه إلى بلدِ الغَصْبِ، وأخْذُ قيمتِه منه للحيلولةِ بينَه وبينَه إن كان بمسافةٍ بعيدةٍ، وإلَّا طالبَه بالرَّدِّ فقطْ، قاله المَاوَرْدِيُّ[٤].

قـال الأَذْرَعِيُّ[٥]: وهذا قد يظهَرُ فيمـا إذا لـم يخَفْ هرَبَ الغاصبِ أو تواريَه، وإلَّا فالأَوْجَهُ عدمُ الفَرقِ بينَ المَسافتيْنِ.

ولـو ظفَرَ بالغاصِـبِ في بلدٍ لم ينقلْهِ إليـه، فظاهرٌ أنَّ له مطالبتَه بـردِّه إليه بأنْ يذهَبَ إليه لتسليمِه له أو يُوكِّلَ فيه، والقياسُ أنَّ له مع ذلكَ أخْذَ القيمةِ للحيلولةِ، ولا فرْقَ في ذلكَ بينَ المِثْليِّ والمُتقوَّمِ كما هو ظاهرٌ.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٣٤٨).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٣٤٦).

(٣) في (هـ): «اتفق».

(٤) «الحاوي الكبير» (٧/ ٢١٥).

(٥) «قوت المحتاج» (٣/ ٢٧٦).

ثُـمَّ رأيتُ فيما لو كان المَغصوبُ مثليًّـا باقيًا وظفَرَ بالغاصِبِ في غيرِ موضعِه قـوْلَ المَاوَرْدِيِّ: ليس لـه مطالبتُه بمثْلِه، والبَنْدَنِيجِيِّ وابـنِ الصَّباغِ: إن لم يكُنْ لنقْلِه مؤنةٌ طالَبَه بمثْلِه، وإلَّا فإنِ استـوَتْ قيمـةُ البلديْنِ أو كانت قيمةُ بلدِ الظَّفرِ أقـلَّ فله المُطالبَةُ بـه، أو قيمةُ بلدِ الغَصْب أكثرَ تخيَّرَ المالِـكُ بينَ أن يأخُذَ قيمةَ بلـدِ الغَصْبِ، أو يصبرَ حتَّى يعودَ إليه ويأخُذَ عيْـنَ مالِه، وإذا أخَذَ القيمةَ ملكَها ولم يملِكِ الغاصبُ الطَّعامَ[1]. انتَهَى، فليُتأمَّلْ.

(وَأَرْشُ نَقْصِـهِ) إن كان أي: نقْصُ قيمتِه حتَّى باعَتبـارِ الزِّيادةِ الحادثةِ عندَه، سـواءٌ أكانَ النَّقصُ بسـببِ الاسـتعمالِ؛ كأنْ لبِسَ الثَّوبَ فأبْلَاه، أو لا؛ كذَهابِ البكارةِ وسُـقوطِ يدِ العَبدِ بآفَةٍ سـماويَّةٍ وقطْعِها حدًّا أو قَودًا، فلو سمِنَ عندَه ثُمَّ هزَلَ ثُمَّ سمِنَ ثمَّ هزَلَ كان عليه أرْشُ نقْصِ السِّمنيْنِ.

نعَـمْ إن كان بجنايـةٍ على ما له أرْشٌ مقدَّرٌ مِن الحُرِّ كقطْعِ يده، فإن كانت منه لزِمَـه أكثرُ الأمريْنِ مِـن أرْشِ نقْصِ القيمةِ ومِن مقدارِ المَقطـوعِ، أو مِن أجنبيٍّ طُولِبـا بقدْرِ المُقدَّرِ وقرارُه على الأجنبيِّ، وطُولِـبَ الغاصبُ فقَطْ بما زادَ عليه مِن نقْصِ القيمةِ، أو مِن المالِكِ لزِمَ الغاصِبَ الزَّائدُ على المُقدَّرِ مِن نقْصِ القيمةِ فقَطْ، ولو لم تنقُصِ القيمةُ بأن بقِيَتْ بحالِها أو زادَتْ لم يجِبْ غيرُ المُقدَّرِ على الغاصـبِ في الأوَّلِ وعليهمـا في الثَّاني، لكنِ القَرارُ على الأجنبيِّ، ولا شـيءَ في الثَّالثِ كما هو ظاهرٌ؛ أخذًا ممَّا تقدَّم فيه.

وحيـثُ وجَـبَ الأرْشُ فلا مطالبةَ به قبـلَ الاندمالِ كما في الحُـرِّ؛ لاحتمالِ حدوثِ نقْصِ سَـريانٍ إلى نفسٍ أو شـركةِ جارحٍ، بخلافِ ما لوِ انتَفَى النَّقصُ في الآفةِ السَّماويَّةِ، فلا يجِبُ شيءٌ كما صرَّحَ به الأصحابُ في الخِصاءِ.

---

(١) «قوت المحتاج» (٣/ ٢٧٩).

وكالآفةِ: نحوُها؛ كالقَودِ، كما هو ظاهرٌ، بجامعِ أنَّه لا ضَمانَ فيهما إلَّا بالنَّقصِ ولا نقصَ، أو في الجِنايةِ على ما لا مُقدَّرٍ له بأن لم يبْقَ نقصٌ بعدَ الاندمالِ؛ لأنَّه المُعتبرُ لم يُطالَبْ بشيءٍ كما صرَّحَ به الشَّيخانِ[1].

لكن لو قطَعَ أصبعًا منه زائدةً وبرِئَ ولم تنقُصْ قيمتُه، قال ابنُ سُريجٍ: لا شيءَ عليه، وقال أبو إسحاقَ: يلزَمُه ما نقَصَ، ويُقوَّمُ قبلَ البُرءِ والدَّمُ سائلٌ للضَّرورةِ[2].

ولكَ أن تقولَ: قد تقرَّرَ في الجناياتِ أنَّه إذا لم يبْقَ نقْصٌ بعدَ الاندمالِ اعتُبِرَ أقربُ نقْصٍ إليه، فإن لم يُوجَدْ نقْصٌ فرَضَ القاضي شيئًا باجتهادِه؛ لئلَّا تفوتَ الجنايةُ بلا مقابلٍ، وحينئذٍ فإن كانَتِ الجنايةُ هنا مِن الغاصِبِ لم يُعقلْ إلَّا الوجوبُ عليه، بل هو أَوْلى مِن جنايةِ[3] غيرِ الغاصِبِ لانضمامِ الغصْبِ إلى جنايتِه، وإن كانت مِن غيرِه لم يُعقلْ أيضًا إلَّا الوجوبُ عليه كسائرِ الجُناةِ؛ إذْ لا معنى لمُخالفَةِ هذا لغيرِه، وعلى هذا فالمُتَّجِهُ مطالبةُ الغاصِبِ أيضًا لحصولِها في يدِه، وإن كان القَرارُ على الجاني كما لو كانَتِ الجنايةُ على مالِه مقدَّر وإلَّا فما الفرْقُ؟

فإطلاقُ الشَّيخيْنِ[4] نفْيَ المُطالبةِ مُشكلٌ، وعليه فقضيَّتُه مُوافقةُ ابنِ سُريجٍ في مسألةِ الإصبعِ السَّابقةِ، إلَّا أن يُفرَّقَ بينَ العُضوِ وغيرِه، على أنَّه يحتملُ تصويرُ ما قالَاه بالجنايةِ مِن غيرِ الغاصِبِ وإرادةُ نفْيِ المُطالبةِ قرارًا لا مُطلقًا، فليُتأمَّلْ.

(وَأُجْرَةُ مِثْلِهِ) سليمًا قبلَ النَّقصِ ومَعيبًا بعدَه حتَّى للمُدَّةِ المُستقبلةِ بعدَ أخْذِ قيمةِ الآبقِ للحيلولةِ لبقاءِ حكمِ الغَصْبِ، سواءٌ استوْفَى منفعتَه؛ كأنْ سكَنَ الدَّارَ، واستخدَمَ العبْدَ، ولبِسَ الثَّوبَ، أو لا بأن لم يفعَلْ شيئًا من ذلكَ،

---

(١) «الشرح الكبير» (٥/ ٤٤٤)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٣٨).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٣٤٣).

(٣) في (ج، ك): «الجناية». وفي (هـ): «الجناة».

(٤) «الشرح الكبير» (٥/ ٤٤٤)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٣٨).

فلو أحسَـنَ العبْدُ المَغصوبُ صنائعَ لزِمَ الغاصِبَ أجـرةُ أعلاها لا أجرةُ الكلِّ؛ لاستحالةِ وجودِ عمليْنِ مختلفيْنِ في وقتٍ واحدٍ، ذكَرَه القاضي وغيرُه.

قال الزَّرْكَشِـيُّ: ويُؤخَذُ منه تخصيصُ ذلكَ بمـا لا يُمكِنُ الإتيانُ معَه بصنعةٍ أُخـرى، فـإن أمكَـنَ كالخياطـةِ مع الحِراسـةِ ضمِنَ الأُخـرى أيضًـا، ولو صادَ المَغصوبُ ولو غيرَ مميِّزٍ، كما صرَّحَ به البَغَويُّ وغيرُه صيدًا كان الصَّيدُ للمالكِ، وضمِنَ الغاصِبُ أجرتَه في زمنِ صيْدِه أيضًا[1].

قال الرَّافعيُّ: لأنَّه لو كان في يدِ مالكِه ربَّما استعمَلَه في غيرِ ما اشـتغلَ به فلا تدخُلُ الأجرةُ فيما اكتسَبَه[2].

ولـو تفاوتَتِ الأجرةُ في المُدَّةِ ضمِنَ كلَّ بعضٍ مِن أبعاضِ المُدَّةِ بأجرةِ مثْلِه، ولو أبَقَ المَغصوبُ وعملَ الآخرُ بأجرةٍ فللسَّـيدِ أُجرةُ مثلِه على المُستأجرِ عُلِمَ أو جُهِـلَ، ومـا أنفقَ عليـه أو دفَعَ مِن الأجرةِ تعلَّقَ بذمَّـةِ المغصوبِ كما قاله في «الأنوارِ»[3].

ولـو غصَبَ أرضًا وبَنَى بهـا دارًا لزِمَه قبلَ البناءِ أجـرةُ العَرْصةِ، وبعدَه أجرةُ الدَّارِ إن بنَاهَا مِن ترابِها، وإلَّا فأجرةُ العَرْصةِ.

(فَإِنْ تَلِـفَ) المالُ المَغصوبُ كلُّه أو بعضُه بإتلافٍ أو آفةٍ سـماويَّةٍ **(ضَمِنَهُ)** أي: التَّالـفُ الغاصِـبُ **(بِمِثْلِهِ)** إن وُجِـدَ، وإن طرَأَ غلاءٌ أو رخـصٌ **(إِنْ كَانَ لَهُ مِثْلٌ)** بأن كان مِثليًّا وهو ما حصَرَه كيلٌ أو وزنٌ وجازَ السَّلَمُ فيه؛ كتُرابٍ ونُحاسٍ وحديدٍ، وتبْرٍ ومسْـكٍ وعنبَرٍ وكافُورٍ وثلجٍ وجَمَـدٍ، وصوفٍ وقطْنٍ، ولو بحبَّةٍ، خلافًا لابنِ الرِّفْعَةِ، وعِنبٍ ورَطبٍ وإن وقَعَ للشَّـيخيْنِ في الزَّكاةِ خلافُه، وفواكهَ

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٣٤٣).

(٢) «الشرح الكبير» (٥/ ٤١٨).

(٣) «الأنوار لأعمال الأبرار» (٢/ ٦٦).

رطبـةٍ وبُقـولٍ ودقيقٍ ولحمٍ طَـريٍّ وحُبوبٍ جافَّـةٍ لا مَعيبةٍ كمـا في «فتاوي ابنِ الصَّـلاحِ»، وخلـولٍ وإن كان فيهـا مـاءٌ، خلافًا لمَن خالَفَ كشـيخِ مشـايخِنا، وأدهـانٍ وإن أُغليَـتْ، وألبانٍ وسَـمنٍ ومَخيـضٍ خالصٍ، ودراهِـمَ ودنانيرَ ولو مغشوشةً ومُكسَّرةً وسبائكَ، وماءٍ وإن أُغلِيَ ونُخالةٍ كما أفتى به ابنُ الصَّلاحِ[1].

فـإنِ اتَّفقـا مع وجودِ المِثْلِ على أخْذِ القِيمةِ فوجهـانِ مبنيَّانِ على جوازِ أخْذِ أرْشِ العَيـبِ مع القُدرةِ على الرَّدِّ، وقَضيَّتُه ترجيحُ المَنعِ، وبه جزَمَ الإمامُ، لكنْ صحَّحَ الرُّويَانِيُّ الجَوازَ[2].

قـال القَمُوليُّ: والظَّاهرُ أنَّ محلَّهما إذا لم يُوجدْ منهما لفْظٌ صالحٌ للتَّمليكِ، فإن وُجِدَ ظهرَ الجَزمُ بجوازِه.

وإن فُقِدَ المِثْلُ إلى دونِ مرحلتيْنِ حِسًّا أو شرعًا بأن وجدَه بأكثرِ مِن ثمنِ مثْلِه، أو منعَه مِن الوصولِ إليه مانعٌ لزِمَه أقْصَى قيمُ المَغصوبِ مِن وقْتِ الغصْبِ إلى الفُقـدانِ كان المِثْلُ موجودًا عنـدَ تلَفِ المغصوبِ، وإلَّا فإلى التَّلفِ كما قال في «الرَّوضَةِ»[3] و«أصْلِها»[4] إنَّه القياسُ.

وإذا غرِمَ القيمةَ ثُمَّ وجَدَ المِثْلَ فلا ترادَّ، وللمالِكِ أن ينتظِرَ وجودَ المِثْلِ ولا يأخُذَ القيمةَ كما في «الرَّوضَةِ»[5] عنِ «البيانِ» و«البحرِ» عن أبي إسحاقَ.

ولو كان التَّلفُ بغيرِ بلدِ الغَصْبِ فله مطالبتُه بالمِثْلِ في أيِّ بُقعةٍ شاءَ مِن البقاعِ التي وصَلَ إليها مِن البلديْنِ وما بينَهما مُطلقًا، فإن فُقِدَ المِثْلُ فيها حسًّا أو شرعًا غرمَه أقصى قيمتها، وإن ظفَرَ به في بلدٍ لم ينقُلْه إليه، فإن كان ممَّا لا مؤنةَ في نقْلِه

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٣٤٥).
(٢) «بحر المذهب» (٦/ ٤١٦).
(٣) «روضة الطالبين» (٥/ ٢٠).
(٤) «الشرح الكبير» (٥/ ٤٢٢).
(٥) «روضة الطالبين» (٥/ ٢٣).

كدراهِمَ يسـيرةٍ ولم تكُـنْ قيمتُه فيها أكثرَ والطَّريقُ آمنٌ طالَبَـه فيها بالمِثْلِ، وإلَّا فبأقصـى قِيمِ مـا وصَلَ إليها مِن البقاعِ، فليس له مطالبتـه بالمِثْلِ، ولا للغاصِبِ تكليفُه قبولَه، ولو تراضَيا بأخْذِه لم يكُنْ له تكليفُه مؤنةَ النَّقلِ، قاله الشَّيخانِ[١].

فلـو أخَذَه على أن يغرَمَها له لم يجُزْ، قاله السُّـبكيُّ كالبَغَوِيِّ، والمأخوذُ هنا وفيمـا قبله مِن الأقصى للفَيصولةِ، فلا تـرادَّ فيما لوِ اجتمَعَا فيما وصَلَ إليه هنا، أو وجَدَ المِثْلَ فيما تقدَّمَ.

وحيثُ ضمِنَ المِثْليَّ بمثْلِه فمَحلُّه إذا بقِيَ له قيمةٌ ولو يسيرةً جدًّا كما اقتضاه إطلاقُهم، وإن تردَّدَ فيه المُتأخِّرونَ، وإلَّا كأن غصبَ جَمَدًا في الصِّيفِ أو ماءً في مَفازةٍ واجتمَعَا بعدَ تلفِه في الشِّتاءِ في الأُولى أو على شطِّ نهرٍ في الثَّانيةِ لزِمَه قيمةُ المِثْلِ في الصَّيفِ في الأُولى أو في مثْلِ تلكَ المَفازةِ في الثَّانيةِ، وهي لِلْفَيْصُولَةِ فلا ترادَّ لوِ اجتمَعَا في الصَّيفِ أو في مثْلِ تلكَ المَفازَةِ.

(**أَوْ**) ضمِنَـه (**بِقِيمَتِهِ إِنْ لَـمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ**) كما تقدَّمَ، وهو المُتقوَّمُ؛ كالحيوانِ، والثِّيـابِ حالَ كونِ قيمتِه (**أَكْثَرَ مَا**) أي: القِيـمِ التي (**كَانَتْ**) وحصَلَتْ (**مِنْ يَوْمِ الغَصْـبِ إِلَى يَـوْمِ التَّلَفِ**) لتوجُّهِ الرَّدِّ عليه حالَ الزِّيـادةِ، ولا عبْرةَ بالزِّيادةِ حالَ التَّلفِ كما لا عبْرةَ بالنَّقصِ بالكسـادِ، فلو غصَبَ ثوبًا قيمتُه عشـرةٌ، ثُمَّ صارَتْ درهمًا أو عشـرين، ثُمَّ تلِفَ لزِمَه عشـرةٌ في الأوَّلِ وعشـرون في الثَّاني، ولو تلِفَ في غيـرِ بلدِ الغَصْبِ اعتُبِرَ أكثـرُ قيمِ البقاعِ التي وصَلَ إليها كمـا تقدَّمَ في المِثْلِ، ويُعتبَرُ نقْدُ بلدِ التَّلفِ.

قـال الإِسْـنَوِيُّ: ومحلُّه إذا لم ينقلْه، وإلَّا فيتَّجِهُ كمـا في «الكفايةِ» اعتبارُ نقْدِ البلدِ الذي يُعتبَرُ قيمتُه، وهو أكثَرُ البلديْنِ قيمةً.

---

(١) «الشرح الكبير» (٥/ ٤٣٥)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣١).

وفي «البحرِ» عن والدِه: ما يُقاربُه عملًا بمحلِّ وجوبِ الضَّمانِ الحقيقيِّ[١].

ولـو صارَ متقوَّمًـا، أو مثليًّا آخر، أو المُتقوِّمُ مثليًـا أو متقوِّمًا آخر؛ كأن جعَلَ الدَّقيقَ خبزًا، أو السِّمْسِـمَ شَـيْرَجًا، أو الشَّـاةَ لحمًا، أو الحُليَّ إناءً، ثُمَّ تلِفَ عندَ الغاصِـب، أخَذَ المالكُ المِثْلَ في الثَّلاثةِ الأُولِ مُخيرًا في الثَّاني منها بينَ المِثلَيْنِ، إلَّا أنَّ يكـونَ الآخِرَ أكثرُ قيمةً فيُؤخَـذُ في الثَّالثِ وقيمتُه في الأوَّليْنِ وأخَذَ أقْصَى القِيمِ في الرَّابعِ، فإن لم يتلَفْ ردَّهُ مع أَرْشِ نقْصِه كما هو معلومٌ.

وخـرَجَ بتقييدِنا الغاصبَ بقولِنـا: «مِن أهْلِ الضَّمـانِ» أي: لذلكَ الأرْشِ[٢] بحسـبِ ذلـكَ الحالِ «غاصِـبُ المُرتدِّ»، فإنَّـه وإنْ لزِمَه ردُّه وضمانُـه إذا ماتَ عنـدَه، وكـذا أجرةُ مثْلِه كما بحَثَه شـيخُ مشـايخِنا[٣]، وأرْشُ نقْصِـه فيما يظهَرُ: لا يضمَنُـه إذا قتَلَـه، وإن لم يكُنْ علـى وجْهِ إقامةِ الحَدِّ على الأوْجَهِ عندَ شـيخِ مشايخِنا[٤]، خلافًا لتفصيلِ ابنِ العِمادِ.

والعبـدُ إذا غصَبَ مالَ سـيِّده فإنَّـه وإن لزِمَه ردُّه لكن لا ضمانَ عليه بسـببِه، والحَربـيُّ إذا غصَـبَ مالَ مسـلمٍ أو ذمّيٍّ ثُمَّ أسـلَمَ، أو عُقدَتْ له ذمَّـةٌ بعدَ تلَفِه أو إتلافِه؛ فلا ضَمانَ عليه بسـببِه، والباغي ونحوُه إذا غصَبَ لأهلِ العدْلِ شـيئًا وأتلفَه في القتالِ بسببِه فلا ضَمانَ عليه.

وغيـرُ المُميِّـزِ لصِغرٍ أو جُنـونٍ إذا أُمِرَ بغصْبِ شـيءٍ وإتلافِه، فـإنَّ الضَّمان يتعلَّقُ بالآمْرِ دونَه.

وبتقييدِ المُصنِّفِ بالمالِ أي: المُتموَّل: غيرُه؛ كالاختصاصِ، وما لا يتموَّلُ، فإنَّـه وإن وجَبَ ردُّه لكن لا ضمانَ فيه، والمُتبـادرُ مِن المالِ الأعيانُ وإن أطلقَ

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٣٤٧).
(٢) في (هـ): «الشيء».
(٣) «أسنى المطالب» (٢/ ٦١).
(٤) «أسنى المطالب» (٢/ ٦١).

على المنافعِ كما صرَّحَ به الرَّافعيُّ[١] في الوَصايا باندراجِها فيه، ويُتصوَّرُ غصْبُها وحدَها في المُوصَى بمنفعتِه أبدًا إذا غصَبَه الوارثُ، لكن لا يتأتَّى فيه جميعُ الأحكامِ التي ذكَرَها المُصنِّفُ؛ إذ لا يُتصوَّرُ فيها ردٌّ ولا أرْشُ نقْصِه ولا أجرةُ مثْلِها مع ضمانِ قيمتِها إذا تلِفَتْ كما هو معلومٌ، وإنَّما تجبُ قيمتُها إذا تلِفتْ بتَفويتٍ أو دونَه وهي أجرةُ مثْلٍ.

وفي حُكمِ المالِ: المَسجدُ، والشَّارعُ، والمَقبرةُ، وعَرَفةُ، ومِنًى ونحوُها، فيجِبُ ردُّها برفْعِ اليدِ عنها، وأرْشُ نقْصِها كما هو ظاهرٌ، وأجرةُ مثْلِها، لكن بالتَّفويتِ دونَ الفَواتِ.

فإن شغَلَ بعضَ المَسجدِ بمتاعٍ، فإن أغلَقَه وجَبَ أُجرةُ جميعِه، وإلَّا فأُجرةُ موضعِ المَتاعِ فقَطْ، ومثْلُه في ذلكَ غيرُه ممَّا ذُكِرَ معَه كما هو ظاهرٌ، وتصرفُ[٢] الأجرةُ في مصالحِه كما قاله المُتولِّي والغَزاليُّ والنَّوويُّ في «فتاويهما»، وإن أفْتَى ابنُ رَزينٍ بأنَّها لمَصالحِ المُسلمين، ومثْلُه في ذلكَ فيما يظهَرُ غيرُه ممَّا ذُكِرَ معَه.



(١) «الشرح الكبير» (٧/ ١٠٩).

(٢) في (هـ): «ومصرف».

(فَصْلٌ)
فِي الشُّفْعَةِ

وهـي حقُّ تَملُّكٍ قَهريٍّ يثبُتُ للشَّـريكِ القَديمِ على الشَّـريكِ الحادثِ فيما ملَكَ بمُعاوضَةٍ[1].

(**وَالشُّـفْعَةُ وَاجِبَةٌ**) أي: ثابتةٌ (**بِالخُلْطَةِ**) أي: بسببِ الشِّرْكةِ حتَّى لذمِّيٍّ على مُسـلمٍ، ومُكاتَبٍ على سيِّدِه، وقيِّمِ نحْوِ مسجدٍ وبيتِ مالٍ بالمصلحةِ، بأن كان لنحْوِ المسجدِ[2] أو بيتِ المالِ شقْصٌ مملوكٌ له بشراءٍ أو غيرِه، ثُمَّ باعَ شريكُه، ورأى قيِّمُـهُ المصلحةَ في الأخْذِ، وشـريكٍ موقوفٍ عليه إذا باعَ شـريكُه الآخَرُ إن جوَّزْنـا قسـمةَ المِلْك عنِ الوقْـفِ، وهو الصَّحيحُ إن كانت إفـرازًا، أو وَليِّ حمْلٍ له بعدَ انفصالِه لا قبْلَه بأنْ ماتَ أحدُ الشَّريكيْنِ بعدَ استحقاقِ الشُّفعةِ عن حمْلٍ، لا لمَوقوفٍ عليه مِن مسجدٍ أو غيرِه، ولا لقيِّمِ حمْلٍ له ولو بعدَ انفصالِه فيما لو ماتَ أحدُ الشَّريكيْنِ عنه ثُمَّ باعَ الآخَرُ، ولغيرِه مِن الورثَةِ الأخْذُ بها.

وهل هنا وفي صُورةِ شريكِ الموقوفِ عليه السَّابقةِ الجميعُ أو بنسبةِ حصَّتِه؟ فيـه نظرٌ، والـذي يظهَرُ هـو الأوَّلُ؛ لأنَّ جهةَ الحَمْلِ والوقْفِ لعَدمِ اسـتحقاقِ الأخْذِ بها كالعَدمِ، وكما لو أعرَضَ أحدُ الشَّريكيْنِ فإنَّ للآخَرِ أخْذَ الجَميعِ.

(**دُونَ الجِوَارِ**) ولو مع التَّلاصُقِ، روى البُخاريُّ[3] عن جابرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «**قَضى رسولُ اللهِ ﷺ بالشُّـفعةِ فيما لم يُقْسَمْ[4]، فإذا وقَعَتِ الحُدودُ وصُرفَتِ الطُّرُقُ فلا شُفعةَ**».

---

(١) في (ج): «بعوض».
(٢) في (ج): «مسجد».
(٣) «صحيح البخاري» (٢٢١٤).
(٤) في (هـ): «ينقسم».

وأما خبرُ «**جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ**»[١] ونحْوُه فمَحمولٌ على الشَّريكِ؛ لأنَّ جميعَ أجزاءِ ملْكِه مجاورةٌ لجميعِ أجزاء ملْكِ شريكِه، فهو أحقُّ باسمِ الجارِ مِن المُلاصقِ جمعًا بينَ الأخبارِ.

نعَمْ لو قَضَى للجارِ ولو شافعيًّا بها حنفِيٌّ لم يُنقَضْ حُكْمُه، ولو جهِلَ أحدُ الشَّريكيْنِ بيْعَ شريكِه فقاسَمَ المُشتَري بأنْ ظنَّهَ وكِيلَ البائعِ، أو قاسَمَه وكِيلُه في قسمةِ أملاكِه لم يسقُطْ حقُّه مِن الشُّفعةِ وإن صارا جاريْنِ.

قال بعضُهم: لأنَّه استحَقَّ الشُّفعةَ قبلَ القِسمةِ المَقرونةِ بالعُذرِ، وليست كبيعِ حصَّتِه جاهلًا، والفرْقُ أنَّ للجِوارِ نوعُ اتِّصالٍ فقَدْ يُؤدِّي إلى التَّأذِّي بضيقِ المَرافقِ وسوءِ الجِوارِ، ولهذا اختُلِفَ في ثبوتِ الشُّفعةِ به.

وقال بعضُهم: لا يبعُدُ أنْ يكونَ أخْذُه بالشُّفعةِ متضمِّنًا لنقْضِ القِسمةِ، فلا جِوارَ حينَ الأخْذِ، وعلى الأوَّلِ لا يرِدُ ذلكَ على قولِ المُصنِّفِ دونَ الجِوارِ؛ لأنَّ المُرادَ فيه الجِوارُ في الابتداءِ.

ويُؤخَذُ مِن كلامِه أنَّه لو كان بينَهما أرضٌ ولأحدِهما فيها أشجارٌ أو أبنيةٌ فباعَها مع حصَّتِه مِن الأرضِ لم تثبُتِ الشُّفعةُ إلَّا في الأرضِ؛ لعدمِ الشِّرْكةِ في الأشجارِ والأَبنيةِ.

وإنَّما تجِبُ الشُّفعةُ فيه بالخُلطَةِ (**فِيمَا**) أي: في مشترَكٍ (**يَنْقَسِمُ**) أي: يُمكِنُ انقسامُه انقسامًا يُجْبَرُ الشَّريكُ عليه إذا طلَبَه شريكُه بأن يُمكِنَ بعدَ الانقسامِ الانتفاعُ به مِن الوَجهِ الذي كان قبْلَه، فلا اعتبارَ بإمكانِ نفْعٍ آخَرَ.

---

(١) رواه أبو داود (٣٥١٧)، والترمذي (١٣٦٨)، والنسائي في «الكبرى» (١١٧١٧) من حديث سَمُرةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وقال الترمذي: حسن صحيح.

(**دُونَ مَا لَا يَنْقَسِمُ**) كذلكَ وإن أمكَنَ انقسامُه في الجُملةِ، فلو كان بينَهما دارٌ أو طاحونـةٌ أو حمَّامٌ أو بئـرٌ، فباعَ أحدُهما نصيبَه فـإنْ كان المَبيعُ كبيرًا بحيثُ يُمكِنُ جعْلُ الدَّارِ داريْـنِ، أو الطَّاحونةِ ثنتيْنِ[1] لكلِّ واحدةٍ حَجرانِ، والحمَّامِ حمَّاميْـنِ، أو كلِّ بيتٍ منه بيتيْنِ، والبئرِ بئريْنِ بأن يبنِيَ فيها ويُجعَلَ لكلِّ واحدةٍ بياضٌ يقِفُ فيه المُستسْقِي ويلقِي فيه ما يخرُجُ منها، ثبتَتِ الشُّفعةُ فيه، وإلَّا فلا.

ولوِ اشـتَركَ اثنانِ في دارٍ صَغيرةٍ لأحدِهما عشْـرُها وللآخَـرِ باقيها، فإن باعَ صاحِـبُ العُشْـرِ نصيبَه فلا شُـفعةَ للآخَـرِ؛ إذ لا يُجبرُ على القِسـمةِ لـو طلَبَها صاحبُ العُشـرِ، وإن باعَ الآخَرُ نصيبَه فلصاحبِ العُشـرِ الأخْذُ؛ إذ يُجبرُ على القِسمةِ لو طلَبَها صاحبُ الباقي.

وقولُه: «فيما ينقسـمُ» تنازعُه «واجبةٌ» و«الخُلطةُ»، وفيه إشـارةٌ إلى أنَّ علَّةَ ثبوتِ الشُّـفعةِ دفْعُ ضررِ مُؤنةِ القِسمةِ واستحداثِ المَرافقِ في الحصَّةِ الصَّائرةِ إليه، وهو الصَّحيحُ.

ثُـمَّ عطَفَ عليه لتفسـيرِه وتقييدِه قولَه: (**وفِيمَا**) أي: وفي مشـتَركٍ (**لَا يُنْقَلُ**) عادةً، وقولُه: (**مِـنَ الأَرْضِ**) صلةُ «يُنقلُ»، ثمَّ مثَّلَ ما لا يُنقلُ بقولِه: (**كَالعَقَارِ**) أي: الأرضِ (**وَغَيْرِه**) ممَّا يندرِجُ في بيْعِه؛ كالأبنيةِ، والأشجارِ الرَّطبةِ، وثمرَتِها المُقارنـةِ للبيـعِ بلا تأبيرٍ[2] عنـدَه، وإن أُبِّرَتْ قبلَ الأخْذِ، والحادثـةِ بعدَه الغَيرِ المُؤبَّرةِ عندَ الأخْذِ، وأصولِ ما يُجَزُّ مرارًا، أو حَجَرِ الرَّحى الأسفلِ، والدُّولابِ الثَّابتِ في الأرضِ تبعًا له، فلو بِيعَ منفردًا أو لم يكُنِ العَقارُ مُشتَرَكًا فلا شُفعةَ.

---

(١) في (هـ): «طاحونتين».

(٢) في (هـ): «تأثير».

لا يُقـالُ: لا يصـدُقُ على الأرضِ مـا لا يُنقَلُ مِن الأرضِ، فلا يصِحُّ تفسـيرُ العَقارِ الواقعِ مثالًا له بها؛ لأنَّا نمنَعُ ذلكَ، بل يصدُقُ على كلِّ بعضٍ مِن الأرضِ أنَّـه لا يُنقَـلُ عادةً منهـا، ويجوزُ أن يُـرادَ بالعَقـارِ معناه اللُّغـويُّ وهو الأرضُ والضَّيعةُ والنَّخلُ، وبغيرِه: ما عداه ممَّا تقدَّمَ.

وخـرَجَ بمـا لا يُنقَلُ: المَنقولُ، فلا شُـفعةَ فيه مُطلقًا، نعَـمْ إن كان مِن توابعِ مـا لا يُنقَلُ المُندرجةُ في البيـعِ؛ كحَجَرِ الرَّحى الأعلى، والأبـوابِ المَنصوبةِ، والمفاتيـحِ، والرُّفوفِ، والمَسـاميرِ فله حكْمُـه، والمُرادُ المَنقـولُ ابتداءً، فلوِ انهدمَتِ الدَّارُ بعدَ بيْعِها ثبتَتِ الشُّـفعةُ في نقْضِها وإن صارَ منقولًا، وإنَّما تجِبُ الشُّفعةُ بالخُلطَةِ فيما ذُكِرَ.

(**بِالثَّمَـنِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيه البَيْعُ**) أي: بمثْلِـه إن كان مِثليًّا، وبقيمتِه وقْتَ البيعِ إن كان متقوَّمًا، فإذا أرادَ الشَّـفيعُ الأخْذَ بالشُّفعةِ أخَذَ بذلكَ، نعَمْ لو زِيدَ الثَّمنُ أو حُـطَّ بعضُـه في زمنِ خيارِ مجلسٍ، أو شـرطٍ، أو بسـببِ عَيبٍ في الشِّـقصِ، امتنَعَ الرَّدُّ به كحُدوثِ عَيبٍ آخَرَ في يدِ المُشـتَري لحقَ الشَّـفيعَ كلٌّ مِن الزِّيادةِ والحَطِّ، ولو قُدِّرَ المِثْليُّ بغَيرِ معيارِ الشَّـرعِ كقِنطارِ بُرٍّ فالأصحُّ في «الرَّوضَةِ»[1] كأصْلِها[2] في بابِ القَرْضِ أنه يأخُذُه بمثْلِه.

قال في «المطلبِ»: ويظهَرُ أنَّ الشَّـفيعَ لو ملَكَ الثَّمنَ نفْسَـه قبلَ الاطِّلاعِ ثُمَّ اطَّلَعَ أنَّه يتعيَّنُ الأخْذُ بنفسِ الثَّمنِ لا سـيَّما المُتقوَّمُ؛ لأنَّ العُدولَ عنه إنَّما كان لِتعذُّرِه، ويُحتمَلُ خلافُه[3]. انتَهَى.

---

(١) «روضة الطالبين» (٥/ ٨٦).

(٢) «الشرح الكبير» (٥/ ٥٠٧).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٣٦٩).

قال الأَذْرَعِيُّ: والأوَّلُ أصحُّ.

ولو فُقِدَ المِثْلِيُّ بالمَعنى السَّابقِ في الغَصْبِ أخذَ الشَّفيعُ بقيمتِه وقْتَ الأخْذِ، أو اختَلفَ الشَّفيعُ والمُشتَري في قدْرِ الثَّمنِ صُدِّقَ المُشتَري؛ لأنَّه أعلَمُ بما باشَرَه[1] منه، ولو كان عرضًا وتلِفَ واختَلَفا في قيمتِه فكذلكَ، ولو كان الثَّمنُ مؤجَّلًا تخيَّرَ الشَّفيعُ بينَ التَّعجيلِ والأخْذِ حالًّا، والصَّبْرِ إلى المَحَلِّ ثُمَّ الأخْذِ وإن حلَّ بمَوتِ المُشتَري، فإنِ اختارَ الصَّبْرَ إليه ثُمَّ عنَّ له التَّعجيلُ ففي «المَطلبِ» يظهَرُ أنَّ له ذلكَ قطعًا، ولو رَضِيَ المُشتَري بأخْذِه بمُؤجَّلٍ، وقال الشَّفيعُ: «اصبِرْ إلى حُلولِه»؛ بطَلَ حقُّه.

وفيما ذكَرَه المُصنِّفُ هنا مع ما يأتي تنبيهٌ على مَن يُؤخَذُ منه بالشُّفعةِ، وهو كما في «المنهاجِ»[2] وغيرِه: كلُّ مَن ملَكَ بمُعاوضةٍ مِلْكًا لازمًا متأخِّرًا عن ملْكِ الشَّفيعِ.

فلا شُفعةَ فيما مُلِكَ بإرثٍ أو هِبةٍ أو وَصيَّةٍ أو فَسْخٍ، ولا في مدَّةِ الخيارِ إلَّا إن شرَطَ للمُشتَري فقَطْ فيأخُذُ منه الشَّفيعُ في الحالِ؛ لأنَّ المِلْكَ فيه له، ولا فيما لوِ اشتَريا معًا عقارًا أو بعضَه.

وأُورِدَ على القَيدِ الأخيرِ: ما لو باعَ شريكٌ حصَّتَه بشرْطِ الخيارِ له أو لهما، ثُمَّ باعَ الآخَرُ حصَّتَه في زمنِ الخيارِ بَيْعَ بتٍّ، فإنَّه لا شُفعةَ للمُشتَري الثَّاني على الأوَّلِ، وإن تأخَّرَ مِلْكُه عن مِلْكِه، بل الشُّفعةُ للبائعِ في العَقْدِ الأوَّلِ إن كان المِلْكُ له بأنْ كان الخيارُ له وحدَه كما أنَّها للمُشتَري فيه كذلكَ، فإن وُقِفَ المِلْكُ بأن كان الخِيارُ لهما وُقفَتْ؛ لعَدمِ العلْمِ بزوالِ المِلْك، فلو أخذَ مَن حُكِمَ له بالمِلْكِ

---

(١) في (ج): «باشر».

(٢) «منهاج الطالبين» (ص ١٥١).

منهما ثُمَّ فُسِـخَ عقدُهما لم تنفسِـخْ شُـفعتُه، كما أنَّ الزَّوائدَ في مدَّةِ الخيارِ لمَنْ حُكِـمَ له بالمِلْـكِ، وإنَّما تثبتُ لذي العَقْدِ الأوَّلِ؛ لأنَّ سـببَها البيعُ، وهو متقدِّمٌ على ملْكِه، فلو قيلَ: متأخِّرًا عن سببِ مِلْكِ الشَّفيعِ لم يرِدْ ذلكَ.

وأُجيـبَ: بأنَّ المُرادَ بالملْكِ سـببُه مجازًا، على أنَّا نتبيَّـنُ في الصُّورةِ الثَّانيةِ بالإجـازةِ أنَّ الأوَّلَ ملَـكَ مِن حينِ العَقْـدِ فملْكُه لم يتأخَّرْ عـنْ ملْكِ الثَّاني بل تقدَّمَ عليه، فيأخُذُ منه بالشُّفعةِ بعدَ مُضيِّ الخيارِ.

هذا وفي قولِ المُوردِ: «متأخِّرًا عن سبب ملْكِ الشَّفيعِ»، (قصورٌ؛ إذ حقُّه أن يقولَ: متأخِّرًا بسـببِ ملكِه عن سبب ملك الشَّفيع)[1]؛ إذ يرِدُ على قولِه: ما لو باعَا مرتَّبًا بشرطِ الخيارِ للبائعِ ثُمَّ أُجيزَ الأوَّلُ فالأوَّلُ. انتهَى.

وأقـولُ: بل يرِدُ أيضًا على قولِه نفْسُ الصُّورةِ الموردةِ باعتبارِ شـقِّها الثَّاني؛ لأنَّه كما يصدُقُ فيها تأخُّرُ ملْكِ الثَّاني عن سببِ ملْكِ الأوَّلِ يصدقُ تأخُّرُ ملكُ الأوَّلِ عن سَـببِ ملْـك الثَّاني؛ لأنَّ ملْـكَ الأوَّلِ بالإجازةِ المُتأخِّرةِ عن سـببِ ملْكِ الثَّاني وهو البيعُ، فلا يندفِعُ الوُرودُ بما ذكَرَه؛ إذ لا مُرجِّحَ لأحدِ الجانبيْنِ.

فقولُه: «لو قيلَ متأخِّرًا عن سـببِ ملْكِ الشَّفيعِ لم يرِدْ ذلكَ» ممنوعٌ، ولا بدَّ في التملُّكِ مِن لفْظٍ مِن جهةِ الشَّفيعِ؛ كـ«تملَّكْتُ» أوِ «اخترْتُ الأخْذَ بالشُّفعةِ»، أو «أخذْتُه بالشُّـفعةِ» مع رِضى المُشـتَري بكونِ العِـوضِ في ذمَّتِه حيثُ لا ربًا، بخـلافِ ما لو كان بالمَبيـعِ صفائحُ ذهبٍ أو فضَّةٍ والثَّمنُ مِن الآخرِ، فلا يكْفِي الرِّضى، ولا بدَّ مِن التَّقابضِ في مجلسِ الأخْذِ، أو قضاءِ القاضي له بالشُّفعةِ إذا حضَرَ مجلسَه وأثبَتَ حقَّه فيها وطلَبَه، أو تسليمِ الثَّمنِ للمُشتَري، فإنِ امتنَعَ من

---

(١) من (ك)، (ن).

تسلُّمِه[١] خُلِّيَ بينَه وبينَه، أو رُفِعَ الأمرُ إلى القاضي ليلْزِمَه التَّسلُّمَ[٢] أو يقبِضَ عنه، وحيثُ ملَكَ بدونِ تسليمِ العِوضِ لم يكُنْ له تسلُّمُ[٣] الشِّقصِ حتى يُؤدِّيَ العِوضَ، وإن سلَّمَ المُشتَري الشِّقصَ قبلَ تسليمِ الثَّمنِ، فإن طالبه وعجَزَ أُمهِلَ ثلاثةَ أيَّامٍ، فإن لم يُحضِرْه فيها فسَخَ القاضي تملُّكَه.

(وَهِيَ) أي: الشُّفعةُ (عَلَى الفَوْرِ) بعدَ علْمِ الشَّفيعِ بالبيعِ، ولو بإخبارِ مقبولِ الرِّوايةِ، أو عددِ التَّواترِ، أو مَن وقَعَ في قلْبِه صِدْقُه، فلو لم يعلَمْ حتَّى مَضَى سِنونَ فهو على شُفعتِه، والمُرادُ كما في «المَطلبِ» و«الكفايةِ»[٤] بكونِها على الفَورِ: هو طلَبُها، نحو: «أنا مطالِبٌ بها لأتملَّكَها».

قال الإِسْنَوِيُّ: وهو صحيحٌ، فلا يضُرُّ تراخيه مع وجودِ الطَّلَبِ فورًا بأن يُبادِرَ ولو بنائبِه إلى المُشتَري أو الحاكمِ لطلبِها، فإن عجَزَ عنهما أشهَدَ.

والمُعتبَرُ في المُبادرةِ العادةُ فلا يُكلَّفُ العَدْوَ، وله الاشتغالُ بصلاةٍ وأكْلٍ وقضاءِ حاجةٍ دخلَ وقتُها، ولا يجِبُ الإشهادُ إذا سافَرَ فورًا طالبًا أو وكَّلَ فيه، بخلافِ نظيرِه مِن الرَّدِّ بالعَيبِ، وفرْقٌ بأن تسليطَ الشَّفيعِ على الأخْذِ بالشُّفعةِ أَقْوَى مِن تسلُّطِ المُشتَري على الرَّدِّ بالعَيبِ، ألا تَرَى أنَّ للشَّفيعِ نقْضَ تصرُّفاتِ المُشتَري مِن وقْفٍ وهبةٍ وبيعٍ وغيرِها ليأخُذَ بالشُّفعةِ.

وإذا أشهَدَ فليُشْهِدْ رجليْنِ أو رجلًا وامرأتيْنِ، فإن أشهَدَ رجلًا ليحلِفَ معَه لم يكْفِ؛ لأنَّ بعضَهم لا يحكمُ بها، نقَلَه ابنُ الرِّفْعَةِ عنِ الرُّويَانِيِّ ثُمَّ قال: ولا يبعُدُ الاكتفاءُ بذلكَ على رأيٍ، وهو قياسُ ما قاله في الرَّدِّ بالعيبِ.

---

(١) في (ج): «تسليمه».
(٢) في (هـ): «التسليم».
(٣) في (هـ): «تسليم».
(٤) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١١/ ٢٧).

وقـال الزَّرْكَشِـيُّ: إنَّـه الأقرَبُ، وبـه جزَمَ ابنُ كَـجٍّ في «التَّجريـدِ»، فإن عجَزَ عنِ الإشـهادِ لم يلزَمْه التَّلفُّـظُ بالطَّلبِ، وحيثُ وجَبَ الإشـهادُ فادَّعاه وأنكَرَه المُشتَرِي، قال المَاوَرْدِيُّ[1] والرُّويَانِيُّ[2]: القولُ قولُ الشَّفيعِ.

قـال في «الأنـوارِ»[3]: قال البَغَـوِيُّ في «التَّعليـقِ»: إذا وجَبَ الإشـهادُ فقال: «أشهَدْتُ فلانًا وفلانًا» فأنكَرَ لم يبطُلْ حقُّه.

قـال القَمُولِـيُّ: ويظهَرُ مجِيءُ الخـلافِ المُتقدِّمِ في الضَّمـانِ والوَكالَةِ. قال: وكذا لوِ اختَلَفا في السَّفرِ لأجلِ الشُّفعة.

(فَـإِنْ أَخَّرَهَا) أي: الشُّـفعةَ بلا عُـذْرٍ يعْنِي: أخَّـرَ الطَّلبَ بها بأنْ تـرَكَ إعلامَ المُشـتَرِي والحاكِمِ بنفْسِه أو نائبِهِ **(مَعَ القُدْرَةِ)** على أحدِهما، وإن أشهَدَ أو ترَكَ الخروجَ للمُشتَرِي الغائبِ كذلكَ حيثُ لا حاكمَ مع تيسُّرِه، أو ترَكَ الإشهادَ عندَ العجزِ عنهما **(بَطَلَتْ)** أي: سقَطَ حقُّه مِن الأخْذِ بها لتقصيرِه.

بخلافِ ما إذا أخَّرَه مع العجْزِ عنه بأن عجَزَ عنِ المُشتَرِي والحاكمِ والإشهادِ؛ كأن فقَدَ الحاكمَ والشُّـهودَ، وغابَ المُشـتَرِي، ولم يتأَتَّ الخُروجُ إليه بنفسِـه أو نائبِه، لنحوِ خوفٍ مع عدمِ رفقةٍ تُعتمَدُ، ومفرطِ حَرٍّ أو بَردٍ، وكمرضِه أو حبْسِه مع عدمِ مَن ينوبُ عنه فيه، أو مع عذرٍ كانتظارِ حضورِ بعضِ الشُّـفعاءِ إذا كان غائبًا، وانتظـارِ حلولِ الثَّمـنِ إذا كان مؤجَّلًا، وحضورِ وقْتِ صـلاةٍ أو طعامٍ أو لُبسٍ أو قضـاءِ حاجـةٍ، أو كان في حمَّـامٍ أو ليلٍ، وكـذا حضورُ وقْتِ دخـولِ حمَّامٍ عادةً، وقرْبُ دخولِ ليلٍ بأن لم يبْقَ مِن النَّهارِ مع ما يجاورُه ممَّا هو في حُكمِه مِن أوائلِ اللَّيلِ ما يسَعُ الطَّلَبَ فيما يظهَرُ، وفيما سيأتِي عنِ «الأنوارِ»[4] إشعارٌ بالأوَّلِ.

(١) «الحاوي الكبير» (٧/ ٢٤٣).
(٢) «بحر المذهب» (٧/ ٩).
(٣) «الأنوار» للأردبيلي (٢/ ٩٣).
(٤) «الأنوار» للأردبيلي (٢/ ٩٣).

ولا يلزَمُه تخفيفُ الصَّلاةِ، والاقتصارُ على أقلِّ ما يُجزِئُ، والكلامُ في مسألةِ اللَّيـلِ كما هو ظاهرٌ حيثُ لم يُمكِنْه إعلامُ المُشـتَري بلا مشـقَّةٍ لكونِه عندَه، أو بالقُربِ منه ونحو ذلكَ، ولو تمكَّنَ مِن إشـهادِ جيرانِه ليلًا أو مؤاكِليه[1] لو كان علـى طعامٍ فتَركَه ففي بطلانِ شُـفعتِه وجهانِ للقاضي، أظهرُهما: لا تبطلُ، ولو قرَنَ شُـغلًا بشُـغلٍ بأن فرَغَ مِن الأكْلِ ودخلَ الحمَّامَ بطَلَ حقُّه، إلَّا أنْ يكونَ له حاجةٌ مرهقةٌ، قاله في «الأنوارِ»[2].

(**وَإِذَا تَزَوَّجَ**) أحدُ الشَّـريكيْنِ (**امْرَأَةً**) أو خالعَها (**عَلَى شِقْصٍ**) مِن المُشتَركِ، أو أمتَعَهـا إيَّـاه، أو صالَحَ به عـن دم، أو جعَلَه أُجرةً، أو جُعلًا، أو قرضًا، سـواءٌ كان جميعَ نصيبِه أو بعضَه (**أَخَذَهُ الشَّـفِيعُ**) وهو الشَّـريكُ الآخـرُ جوازًا (**بِمَهْرِ الْمِثْـلِ**) لتلكَ المَرأةِ وقْتَ الإصـداقِ والخُلعِ في الأولى والثَّانيـةِ، ومتعةِ المِثْلِ لهـا وقْتَ الإمتـاعِ في الثَّالثةِ، وقيمةِ الدِّيةِ وقْتَ الصُّلـحِ في الرَّابعةِ، وأُجرةِ المِثْلِ وقْتَ الاسـتئجارِ في الخامسـةِ، وبعدَ تمامِ العَملِ في السَّادسةِ، وقيمتِه بعدَ ملْكِ المُستقرضِ بقبضِه في السَّابعةِ، وإن كان المُقترَضُ يردُّ المِثْلَ الصُّوريَّ.

(**وَإِنْ كَانَ الشُّـفَعَاءُ**) أي: المُسـتحقُّون الأخْذَ بالشُّـفعةِ (**جَمَاعَـةً**) اثنيْنِ فأكثَرَ (**اسْـتَحَقُّوهَا**) أي: الأخْذَ بها (**عَلَى قَدْرِ الْأَمْلَاكِ**) لا على عددِ الرُّؤوسِ؛ لأنَّها مِن مَرافقِ المِلْكِ فتتقدَّرُ بقدْرِه؛ ككسْـبِ المُشـتَركِ، ونَتاجِـه، وثمارِه، فلو كانت دارٌ بينَ ثلاثةٍ لواحدٍ نصفُها ولآخَرَ ثُلُثُها ولآخَرَ سدُسُها، فباعَ الأوَّلُ حصَّتَه أخَذَ الثَّاني سهميْنِ والثَّالثُ سهمًا، وهذا ما رجَّحَه الشَّيخانِ كالأصحابِ، وإن نُوزِعَ فيه.



---

(١) في (هـ): «موكله».

(٢) «الأنوار» للأردبيلي (٢/ ٩٣).

(فَصْلٌ)
في القِرَاضِ

وهو عَقْدٌ يتضمَّنُ دفْعَ مالِ الآخَرِ ليتَّجِرَ فيه والرِّبحُ[1] بينَهما.

(وَلِلْقِرَاضِ أَرْبَعَةُ شَرَائِطَ):

أحدُها: (أَنْ يَكُونَ) واقعًا (عَلَى نَاضٍّ) بتشديدِ الضَّادِ (مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ) المضروبةِ الخالصةِ، وتقدَّمَ في الشِّرْكةِ أنَّ النَّاضَّ هو الدَّراهمُ والدَّنانيرُ، فما بعدَه بيانٌ له كما تقدَّمَ هناكَ، بخلافِ غيرِها كالعُروضِ والمَنافعِ والفُلوسِ والتِّبْرِ والسَّبائكِ والحُليِّ والدَّراهم والدَّنانيرِ المَغشوشةِ، وإنِ استمَرَّ في البلدِ رواجُها، نعَمْ إن كان غشُّها مستهلكًا جازَ القِراضُ عليها كما قاله الجُرْجَانِيُّ.

وشمِلَتْ عبارتُه الدَّراهمَ والدَّنانيرَ في ناحيةٍ لا يُتعامَلُ بها فيها، ونقَلَ الغزاليُّ الاتِّفاقَ عليه، ويُوافِقُه قولُ ابنِ الرِّفْعَةِ: والأشبَهُ جوازُه على نقْدٍ أبطَلَه السُّلطانُ. وإن نظَرَ فيه الأَذْرَعِيُّ إذا عزَّ وجودُه، أو خِيفَ عزَّتُه عندَ المُفاصلةِ[2]، لكن نقَلَ الإمامُ عن شيخِه إلحاقَها بما يروجُ مِن الفلوسِ[3].

(وَ) الثَّاني: (أَنْ يَأْذَنَ رَبُّ المَالِ) أو وكِيلُه، أو وليُّه (لِلْعَامِلِ فِي التَّصَرُّفِ) إذْنًا (مُطْلَقًا) عنِ التَّقييدِ بنوعٍ أو حالةَ كونِ التَّصرُّفِ مُطلقًا عن ذلكَ، (أَوْ) مقيَّدًا، لكن (فِيمَا) أي: في نوعٍ (لا يَنْقَطِعُ وُجُودُهُ) وقْتَ العَقْدِ في موضعِ التَّصرُّفِ (غَالِبًا) متعلِّقٌ بالمَنفيِّ أي: ينقطِعُ وإنْ ندَرَ في غيرِ وقْتِ العَقْدِ وموضعِ التَّصرُّفِ، وذلكَ كالبُرِّ[4] والثِّيابِ والحيوانِ، بخلافِ الخَيلِ البُلْقِ والخَزِّ الأَدكنِ، وهو

---

(١) في (هـ): «والربح مشترك».

(٢) في (ج): «المعاملة».

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٣٨٠).

(٤) في (هـ): «والبز».

ما أُخِذَ شبهًا مِن السَّوادِ والحُمرةِ، والياقوتِ الأحمرِ، والعَبيدِ الخُصيانِ، ولحمِ الصَّيدِ بمَوضعِ العزَّةِ، ولو عيَّنَ الرُّطبَ حالَ وجودِه في ذلكَ الموضعِ صحَّ.

وهل يرتفِعُ القِراضُ بانقضاءِ زمَنِه أو يستمِرُّ حتَّى يجِيءَ أوانُه مِن السَّنةِ الأُخرى؟ فيه وجهانِ، ولو أذِنَ فيما يعُمُّ وجودُه فانقطَعَ لعارضٍ لم ينفسِخْ قطعًا، وإذا أذِنَ له مُطلقًا تقيَّد بالعُرفِ، أو عيَّنَ له نوعًا لم يتجاوزْه.

وإذا عيَّن البزَّ تناوَلَ كلَّ ما يُلبَسُ مِن المَنسوجِ مِن كَتَّانٍ أو قُطنٍ أو إبْريسَمٍ أو صُوفٍ دونَ الفُرشِ والأكسيةِ والبُسطِ، وفي الثِّيابِ المَخيطةِ وجهانِ.

أو الطَّعامَ تناوَلَ الحِنطةَ دونَ الدَّقيقِ أو الفاكهةِ، قال في «الاستقصاءِ»: الذي يقتَضِيه المَذهَبُ أنَّه يدخُلُ فيه الرُّطبُ والعِنبُ والبِطِّيخُ والرُّمَّانُ والسَّفرجلُ وسائرُ الفواكهِ، دونَ البُقولِ والقِثَّاءِ والخيارِ، ولو شرَطَ ألَّا يتصرَّفَ إلَّا في سوقٍ معيَّنٍ، أو في البَرِّ دونَ البحرِ، أو بالعكسِ صحَّ، أو أنَّه لا يتصرَّفُ[1] إلَّا في حانوتٍ معيَّنٍ، أو إلَّا مع زيدٍ، أو ألَّا تشتَرِيَ إلا هذه السِّلعةَ لم يصِحَّ.

(وَ) **الثَّالثُ**: (**أَنْ يَشْتَرِطَ**[2]) ربُّ المالِ أو نائبُه (**لَهُ**) أي: للعاملِ في العَقْدِ (**جُزْءًا**) معيَّنًا (**مَعْلُومًا**) بالجُزئيَّةِ كالنِّصفِ والرُّبعِ (**مِنَ الرِّبْحِ**) أي: ربحِ جملةِ المالِ؛ كـ «قارضْتُكَ والرِّبحُ بينَنَا» فيتناصفَانِه، وإن لم يقُلْ «مناصفةً»، بخلافِ «قارضْتُكَ على أنَّ الرِّبحَ بينَنا أثلاثًا أو أرباعًا»، فلا يصِحُّ ما لم يُبيِّنْ، فإن قال: «قارضْتُك بالنِّصفِ» صحَّ.

قال في «الأنوارِ»[3]: والمَشروطُ للعاملِ، فلو قال المالكُ: «ما شرطْتُ فهو نصيبي»، وقال العاملُ: «بل نصيبي»، صُدِّقَ أي: العاملُ بيمينِه. انتهَى.

---

(١) في (ج): «يجوز».
(٢) في (هـ): «يشرط».
(٣) «الأنوار» للأردبيلي (٢/ ١٠١).

فلو شرَطَ جميعَ الرِّبحِ لنفْسِه كأنْ شرَطَ في مقارضةِ شريكِه في مالٍ بينَهما نصفينِ استواءَهما في الرِّبحِ، أو شرَطَ جميعَه للعاملِ، أو سكَتَ عنِ الرِّبحِ، أو شرَطَ جزءًا مبهمًا نحوَ: على أنَّكَ إنْ ربِحْتَ ألفًا فلكَ نصْفُ الرِّبحِ، أو ألفيْنِ فربُعُه، أو إنِ اتَّجرتَ في البُرِّ فلكَ نصفُه، أو في الخَيلِ فربُعُه، أو معلومًا بغيرِ الجُزئيَّةِ كدِرهمٍ أو دينارٍ، وكنصفِ الرِّبحِ إلَّا دينارًا، وكدرهمٍ لي والباقي بيننَا بالسَّويَّةِ، أو بالجُزئيَّةِ وغيرِها؛ كنصفِ الرِّبحِ ودينارٍ، أو شرَطَ له ربحَ صنفٍ معيَّنٍ، أو ربحَ أحدِ الألفيْنِ، أو جزءًا معلومًا منه، لم يصِحَّ القِراضُ.

وأفهمَتْ عبارتُه أنَّه لا يضُرُّ سكوتُ ربِّ المالِ عن نصيبِ نفْسِه مِن الرِّبحِ وهو الصَّحيحُ؛ لأنَّه ما لم ينسِبْه للعاملِ فهو له بحكمِ الأصلِ، بخلافِ ما لو شرَطَ لنفْسِه جزءًا مجهولًا أو معلومًا بغيرِ الجُزئيَّة أو بالجُزئيَّة وغيرِها.

ولو قال: «خُذِ المالَ وتصرَّفْ فيه والرِّبحُ كلُّه لكَ» فقرضٌ صحيحٌ، أو «كلُّه لي» أو «أبضعْتُكَ» وسكَتَ عنِ الرِّبحِ، فهو إبضاعٌ أي: توكِيلٌ بلا جُعلٍ، أو «أبضعْتُكَ ولكَ نصْفُ الرِّبحِ أو كلُّه» فقِراضٌ فاسدٌ، وإن قال: «خُذْه وتصرَّفْ فيه بالبيعِ والشِّراءِ» وسكَتَ عنِ الرِّبحِ، فهل هو إبضاعٌ فلا شيءَ للعاملِ، أو قِراضٌ فاسدٌ فله أُجرةُ المثْلِ؟ وجهانِ أقربُهما الأوَّلُ فيما يظهَرُ.

(وَ) الرَّابِعُ: (أَلَّا يُقَدَّرَ) أي: القِراضُ أو التَّصرُّفُ **(بِمُدَّةٍ)** كسَنةٍ؛ لإخلالِ التَّقديرِ بمقصودِ القِراضِ، فقد لا يجِدُ راغبًا في تلكَ المُدَّةِ.

قال في «الرَّوضَةِ»[1] كأصْلها[2]: فلو وقَّتَ فقال: «قارضْتُكَ سنةً»، فإن منَعَه مِن التَّصرُّفِ بعدَها مُطلقًا أو مِن البيعِ فسَدَ؛ لأنَّه مخِلٌّ بالمَقصودِ، وإن قال:

(١) «روضة الطالبين» (٥/ ١٢٢). (٢) «الشرح الكبير» (٦/ ١٤).

«على أَلَّا تشتَرِيَ بعدَ السَّنةِ ولكَ البيعُ» صحَّ على الأصحِّ؛ لأنَّ المالكَ يتمكَّنُ مِن منْعِه مِن الشِّـراءِ متى شـاءَ بخلافِ البيعِ، ولوِ اقتصَرَ على قوْلِه: «قارضْتُكَ سـنةً» فسَـدَ على الأصحِّ، ولو قال: «قارضْتُكَ سـنةً على أَلَّا أملِكَ الفَسْخَ قبلَ انقضائِها» فسَدَ. انتَهَى.

وفيـه تصريحٌ بجـوازِ التَّقديرِ حيثُ لـم يقتصِرْ عليه ولم يتضمَّـنِ المَنعَ مِن البيعِ بعدَ المُدَّةِ خلافَ ما أفادَتْه عبارةُ المُصنِّفِ.

وقولُه: «بمُدَّةٍ» احترازٌ عنِ التَّقديرِ بمشـيئةِ أحدِهما كـ«قارضْتُكَ ما شئْتُ»، أو «مـا شـئْتَ»، فإنَّـه يجوزُ كما صـرَّحَ به المَـاوَرْدِيُّ[١]؛ قال: لأنَّ ذلكَ شـأنُ العُقودِ الجائزةِ، ومِن الشَّرائطِ أيضًا عدمُ تعليقِ القِراضِ أو التَّصرُّفِ، فلو قال: «إذا جاءَ رأسُ الشَّهرِ فقَدْ قارضْتُكَ» أو قال: «قارضْتُكَ الآنَ ولا تتصرَّفْ حتَّى ينقضِيَ الشَّهرُ» لم يصِحَّ.

والعِلمُ بقدْرِ الدَّراهمِ والدَّنانيرِ، وكذا بصفتِها كما في «المهذَّبِ»[٢] وتبِعَه ابنُ الرِّفْعَةِ، فلو كانت مجهولةً لم يصِحَّ، وتعيينُها، فلو قارَضَه على أحدِ الألفيْنِ أو على دَينٍ في ذمَّتِه أو ذمَّةِ العاملِ أو غيرِهما لم يصِحَّ، بخلافِ ما لو قارَضَه على دراهِمَ عندَ غيرِه وديعةً أو مغصوبةً أو غيرَهما، لتعيينِها[٣] في يدِه.

نعَمْ لو قارَضَه على دراهِمَ أو دنانيرَ غيرِ معيَّنةٍ ثُمَّ عيَّنَها في المَجلسِ جازَ، كما رجَّحَه في «الشَّـرحِ الصَّغيرِ» ونقلَه في «الرَّوضَةِ»[٤] كأصْلِها[٥] عن قَطْعِ القاضي والإمامِ، ومثْلُه يجري في مجهولِ القَدرِ كما قال شيخُ مشايخِنا[٦] وغيرُه، وكذا

(١) «الحاوي الكبير» (٧/ ٣١٢).
(٢) «المجموع شرح المهذب» (١٤/ ٣٧١).
(٣) في (ج): «التعينه».
(٤) «روضة الطالبين» (٥/ ١١٧).
(٥) «الشرح الكبير» (٦/ ٨).
(٦) «أسنى المطالب» (٢/ ٣٨١).

المُبهمُ كأحدِ الألفيْنِ، فيصِحُّ إذا عيَّنَه في المَجلسِ، وبه صرَّحَ ابنُ المُقرئِ، وإن استظهَرَ شيخُ مشايخِنا عدَمَ الصِّحَّةِ، بخلافِ ما لو علِمَ في المَجلسِ الجِنسَ والقَدرَ والصِّفةَ، فإنَّه لا يصِحُّ على الأشبَهِ في «المطلبِ».

ولو كان بينَه وبينَ غيرِه دراهِمُ مشتركةٌ، فقال له: «قارضْتُكَ على نصيبي منها» صحَّ؛ لأنَّ الإشاعةَ لا تمنَعُ التَّصرُّفَ، قاله المُتولِّي[1].

ولا يجوزُ على غيرِ المَرئيِّ كما قاله المَاوَرْدِيُّ[2]، لكن قال السُّبكيُّ: الأقرَبُ الجَوازُ؛ لأنَّه توكيلٌ، واختصاصُ العاملِ والمالكِ بالرِّبحِ واشتراكُهما فيه، فلو شرَطَا جميعَه لأحدِهما لم يصِحَّ كما أشعَرَتْ به عبارتُه في الشَّرطِ الثَّالثِ، وكذا لو شرَطَا بعضَه لثالثٍ إلَّا أنْ يكونَ مملوكَ أحدِهما.

ولو قال: «نصفُ نصيبي لزوجتي مثلًا» صحَّ، وهو وعْدُ هبةٍ، ولو قال للعاملِ: «لكَ كذا على أن تعطِيَ ابنَكَ[3] أو امرأتَكَ نصْفَه»، فقال القاضي أبو حامدٍ: إن ذكَرَه شرطًا فسَدَ القِراضُ، وإلَّا فلا.

قال شيخُ مشايخِنا: وظاهرٌ أنَّ هذا شرطٌ، فالأوْجَهُ أن يُقالَ: فسَدَ القِراضُ، إلَّا أن يريدَ به غيرَ الشَّرطِ[4].

(وَلَا ضَمَانَ عَلَى العَامِلِ) في مالِ القِراضِ بتلَفِه أو غيرِه كالوَديعِ بجامعِ أنَّه أمينٌ، فيُصدَّقُ بيمينِه في تلَفِ المالِ وردِّه على المالكِ، فإن ذكَرَ سببًا للتَّلفِ ففيه تفصيلُ الوَديعِ الآتي في مَحلِّه، وفي جنسِه وصفتِه وفي قَدْرِه، وإن قبَضَه جُزافًا كما في «الأنوارِ»[5]، وفي أنَّه باعَ أو اشترَى، وفي أنَّ المالكَ لم ينْهَهُ عن شراءِ كذا بأنْ

---

(١) ينظر: «روضة الطالبين» (٥/ ١١٩).
(٢) «الحاوي الكبير» (٧/ ٣١٤).
(٣) في (هـ): «ابنتك».
(٤) «أسنى المطالب» (٢/ ٣٨٣).
(٥) «الأنوار» (٢/ ١١١).

وافَقَه على الإذْنِ فيه ثُمَّ ادَّعى النَّهيَ عنه، أمَّا لو قال: «ما أذِنْتُ لكَ في شرائِه»، فالقولُ قولُه، وفي الشِّراءِ لنفْسِه وإن كان رابحًا أو للقِراضِ وإن كان خاسرًا، وفي أنَّه لم يربَحْ أصلًا أو لم يربَحْ إلَّا كذا، فإن أقَرَّ بالرِّبحِ ثُمَّ ادَّعى غلطًا أو كذبًا لم يُقبلْ.

نعَمْ له تحليفُ المالكِ أنَّه لا يعلَمُ غلَطَه إن تذكَّرَ شُبهةً، وإلَّا فوجهانِ أشبَهُهما بل أصحُّهُما كما قال الأَذْرَعِيُّ[1]: تحليفُه، وبه جزَمَ ابنُ سُريجٍ وابنُ خيرانَ، أو ثُمَّ ادَّعى أنَّه خسِرَ وأمكَنَ كأنْ عرَضَ كَسادٌ، أو أنَّه ردَّ ما اشتَراه بعَيبٍ واستَرَدَّ الثَّمنَ وتلِفَ بيدِه، صُدِّقَ بيمينِه وهو على أمانتِه.

(إلَّا بِعُدْوَانٍ) منه؛ كأن قصَّرَ في حفْظِه، أو استعمَلَه لغيرِ جهةِ القِراضِ، أو سافَرَ به بلا إذْنٍ في السَّفرِ أو في البحرِ بلا نصٍّ عليه، أو خلَطَ مالَ مقارِضِه بمالِ نفْسِه، أو بمالِ مقارضٍ له آخرَ، أو بمالٍ آخرَ لذلكَ المُقارضِ، وقد قارَضه عليهما في عقديْنِ، أو أخَذَ للقِراضِ ما يعجِزُ عنه، أو قصَّرَ ثوبَ القِراضِ أو صبَغَه بلا إذْنٍ كما قال الإمامُ.

ولو ماتَ العاملُ لم تُسمَعِ الدَّعوى على ورثَتِه، إلَّا إنِ ادَّعى تفريطَ مورِّثِهم، أو أنَّ المالَ بأيديهم، فيحلِفون على نفْيِ العلْمِ في الأولى، وعلى البتِّ في الثَّانيةِ.

ولو ماتَ ولم يُوجَدْ في تركتِه ما يصلُحُ أنْ يكونَ مالَ قراضٍ، ففي «فتاوي» ابنِ الصَّلاحِ أنَّه لا يضمَنُ، وعنها أيضًا أنَّه إذا ماتَ ولم يوجَدْ مالُ القِراضِ في تركتِه أنَّه يضمَنُ، وقال السُّبكيُّ: إن وُجِدَ في تركتِه ما يُمكِنُ أنْ يكونَ اشتَراه بمالِ القِراضِ للتِّجارةِ حُمِلَ عليه، ويُوفَى منه مقدَّمًا على الدُّيونِ، وإن لم يُوجَدْ ذلكَ لم يضمَنْ، ويُحمَلُ على أنَّ مالَ القِراضِ تلِفَ. انتَهى.

(١) «قوت المحتاج» (٣/ ٣٨٩).

ويؤيِّدُه قولُ[1] الجُوريِّ: لا يضمَنُ عاملُ القِراضِ إلَّا أن يثبُتَ أنَّه فرَّطَ، وإن مـاتَ وفي يدِه أعيانٌ تصلُـحُ أن تكونَ لمالِ القِراضِ فأفْتَى ابـنُ الصَّلاحِ[2] بأنَّه يُحكَمُ ببقاءِ مالِ القِراضِ إذا لم تقُمْ بيِّنةٌ بخلافِ ذلكَ لأصْلِ بقاءِ مالِه، وشـأنُ مالِ القِراضِ التَّقلبُ فيه، فلا يُحكَمُ بعدَمِه لعَدمِ العَينِ المَعقودِ عليها.

ثُمَّ ينبَغِي أن يُوفَى مِن الأعيانِ رأسُ المالِ نقدًا مِن غيرِ زيادةٍ؛ لأنَّا نشُكُّ فيما زادَ والحالَـةُ هذه، وذكَرَ أنَّه لو ثبَتَ عليه دراهِمُ بعضُها قِراضًا وبعضُها في ذمَّتِه ومـاتَ ووُجِـدَ في تركتِه مالٌ ولم يثبُتْ أنَّه عينُ مـالِ القِراضِ، فإن ثبَتَ أنَّه كان في يـدِه رأسُ مالٍ لنفسِـه يجـوزُ أن تكونَ التَّركةُ منه، ويجـوزُ أن تكونَ مِن مالِ القِراضِ لكونِه مِن جنسِ ما أذِنَ له في التِّجارةِ فيه ولا بيِّنةٌ قُسمَتِ التَّركةُ بينَهما على قدْرِ المالَيْنِ، وإن لم يثبُتْ اشتمالُ يدِه على غيرِ رأسِ مالِ القِراضِ تعيَّنَتِ التَّركةُ لجهةِ المُضاربةِ.

(**وَإِذَا حَصَـلَ**) في المـالِ (**رِبْحٌ وَخُسْـرانٌ**) قبلَـه أو بعدَه برُخـصٍ، أو تعيَّبَ مُطلقًا أو تلِفَ بعضُه بعدَ التَّصرُّفِ فيه ولو بالشِّراءِ به فقَطْ بآفةٍ سماويَّةٍ أو جنايةِ أجنبيٍّ كنحْوِ غصبٍ وسرقةٍ تعذَّرَ أخْذُ بدَلِها.

(**جُبِرَ الخُسْرَانُ بِالرِّبْحِ**) لأنَّه وقايةٌ لرأسِ المالِ، ولأنَّه تصرَّفَ في رأسِ المالِ، فلا يأخُذُ شيئًا مِن الرِّبحِ حتَّى يردَّ إلى المالكِ مثْلَ ما تصرَّفَ فيه، بخلافِ ما إذا تلِفَ بعضُه بما ذُكِرَ قبلَ التَّصرُّفِ فيه، فلا يُجبَرُ به، بل يُحسَبُ مِن رأسِ المالِ؛ لأنَّ العَقْـدَ لـم يتأكَّدْ بالعَملِ، ومـا إذا أخَذَ بدَلَ الجنايةِ المذكورةِ، فإنَّه يسـتمِرُّ القِـراضُ فيه، ولـكلٍّ منهما المُخاصمَـةُ إن كان في المالِ ربـحٌ، وإلَّا فللمالكِ

---

(١) في (ج): «كلام».

(٢) «فتاوى ابن الصلاح» (١/ ٣٢٤).

فقَـطْ، وما لو كان التَّالـفُ جميعَ المالِ، فإنَّ القِراضَ يرتفِعُ سـواءٌ أكانَ التَّلفُ بآفةٍ سـماويَّةٍ أو غيرِها، لكن إن كان بإتلافِ المالكِ اسـتقَرَّ نصيبُ العاملِ مِن الرِّبـحِ، أو بإتلافِ أجنبيٍّ وأخَذَ البدَلَ بقِيَ القِراضُ فيه كما قاله الشَّـيخانِ تبعًا للإمامِ.

قـال في «الخادمِ»: وحكاه القاضي الحُسـينُ عنِ القَفَّالِ في[1] الأولى، وقيَّدَه بمـا إذا كان الإتلافُ بعدَ التَّصرُّفِ، أمَّا إذا كان قبلَه فإنَّه ينفسِـخُ القِراضُ؛ لأنَّه لم يتعلَّقْ به حقُّ العاملِ بعدُ. انتَهَى.

أو بإتلافِ العاملِ فنقَلَ الشَّـيخانِ[2] عنِ الإمامِ أنَّـه يرتفِعُ القِراضُ، ثُمَّ بحَثَا مـا حاصِلُه أنَّه كإتـلافِ الأجنبيِّ، وبـه صرَّحَ المُتولِّـي، وقياسُ إلحاقِـه به أنَّه يتقيَّـدُ ذلـكَ بما بعدَ التَّصـرُّفِ كالأجنبيِّ على ما تقدَّمَ، وأنَّـه في إتلافِ البعضِ كالأجنبيِّ، فيُفصَلُ فيه بينَ ما بعدَ التَّصرُّفِ وما قبلَه، وأنَّ ظاهرَ ارتفاعِه بإتلافِ المالـكِ لا فرْقَ فيه بينَ ما بعدَ التَّصرُّفِ ومـا قبلَه، كما أنَّه لو تلِفَ بعضُه بفعلِه حُسِبَ مِن رأسِ المالِ مِن غيرِ فرْقٍ بينَ ما قبلَ التَّصرُّفِ وما بعدَه؛ فليُتأمَّلْ.



---

(١) في (هـ): «في المدرسة».

(٢) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٨)، و«روضة الطالبين» (٥/ ١٣٩).

(فَصْلٌ)
فِي الْمُسَاقَاةِ

وهي أن يُعامِلَ غيرَه على شجرٍ ليتعهَّدَه بالسَّقيِ والتَّربيةِ على أنَّ الثَّمرةَ لهما.

(وَالمُسَاقَاةُ جَائِزَةٌ) بالإجماعِ، وإنَّما يجوزُ استقلالًا (عَلَى النَّخْلِ) حتَّى على فُحولِها كما قاله الأَذْرَعِيُّ[١]، وبه صرَّحَ صاحبُ «الخصالِ»، وإنِ اعتُرِضَ عليه بأنَّها ليسَتْ في معنى الإناثِ المَنصوصِ عليها (وَالكَرْمِ) دونَ غيرِهما مِن سائرِ البُقولِ والزُّروعِ والأشجارِ المُثمرةِ كالخُوخِ والخِلافِ ومنها المُقْلُ كما صحَّحَه في «الرَّوضَةِ»[٢]، وإن ردَّه الإِسْنَوِيُّ.

أمَّا جوازُها على النَّخلِ؛ فلخبرِ الصَّحيحيْنِ[٣] أنَّه ﷺ عامَلَ أهْلَ خَيبَرَ، وفي روايةٍ: دفَعَ إلى يهودِ خَيبَرَ نخْلَها وأرضَها بشَطرِ ما يخرُجُ منها مِن ثَمرٍ أو زرعٍ.

وأمَّا في الكَرْمِ؛ فلأنَّه في معنى النَّخلِ بجامعِ وجوبِ الزَّكاةِ، وتأتي الخَرصُ مِن[٤] ثمرتيْهِما فجُوِّزتِ المُساقاةُ فيهما رفقًا بالمالكِ والعاملِ والمَساكينِ.

وأمَّا امتناعها في غيرِهما فلأنَّه لم يرِدْ، ولا هو في معنى ما ورَدَ؛ لعَدمِ وجوبِ الزَّكاةِ، وعدمِ تأتي الخَرصِ في ثمرتِه، ومحلُّ المَنعِ إذا أفرَدَ بالمُساقاة، فإن ساقا عليه تبعًا لنَخلٍ أو عِنبٍ فالأصحُّ في «الرَّوضَةِ»[٥] الصِّحَّةُ كالمُزارعةِ بالشُّروطِ الآتيةِ فيها، وظاهرُ كلامِ المُصنِّفِ صحَّةُ المُساقاةِ على شَجرٍ مُثمرٍ، وهو كذلكَ إذا كان قبلَ بُدوِّ الصَّلاحِ، ولا بدَّ مِن كونِ الشَّجرِ مغروسًا مرئيًّا معيَّنًا، فلا تصِحُّ على وَدِيٍّ[٦]

---

(١) «قوت المحتاج» (٣/ ٣٩٢). (٢) «روضة الطالبين» (٥/ ١٥٠).

(٣) «صحيح البخاري» (٢٣٢٨)، و«صحيح مسلم» (١٥٥١).

(٤) في (هـ): «في». (٥) «روضة الطالبين» (٥/ ١٧٢).

(٦) كتب في هامش (ج): «بفتح الواو وكسر الدال المهملة وتشديد التحتانية وهو صغار النخل. محلي».

ليغرسَه ويتعهَّدَه، والثَّمرةُ بينَهما، ولا على غيرِ مرئيٍّ ولا على مبهمٍ كأحدِ البَساتينِ.

قال شيخُ مشايخِنا[١]: وظاهرٌ أنَّه لا يأتِي هنا ما مرَّ في القِراضِ مِن الاكتفاءِ بالرُّؤيةِ وبالتَّعيينِ في مجلسِ العَقْدِ؛ لأنَّ ذلكَ عقدٌ جائزٌ وربحُه مِن تصرُّفِ العاملِ، وهذا لازمٌ وربحُه مِن عيْنِ الأصلِ فاحتِيطَ له. انتَهى.

ولو عبَّرَ المُصنِّفُ بالعِنبِ بدلَ الكرْمِ سلِمَ مِن النَّهيِ في مسلمٍ[٢] عن تسميةِ العِنبِ كرمًا، وأنَّ الكرْمَ الرَّجلُ المُسلمُ، أو قلْبُ المُؤمنِ، وكأنَّه ارتكَبَ ذلكَ ليُفيدَ أنَّ النَّهيَ ليس للتَّحريمِ.

(وَلَهَا شَرْطَانِ):

(أَحَدُهُمَا: أَنْ يُقَدِّرَهَا) العاقدُ أي: العَملَ فيها **(بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ)** يَبْقى الشَّجرُ فيها ويُثمرُ فيها غالبًا عندَ أهلِ الخِبرةِ، فلو أبَّدَها أو أطلَقَها أو قدَّرَها بمُدَّةٍ لا يَبْقى فيها الشَّجرُ غالبًا عندَ أهلِ الخبرةِ، أو بمدَّةٍ مجهولةٍ كإدراكِ الثَّمرةِ، أو لا يُثمِرُ فيها الشَّجرُ غالبًا بطَلَتْ، وله أجرةُ المِثْلِ في الرَّابعةِ، وكذا في الثَّلاثةِ قبْلَها كما هو ظاهرٌ، لا في الخامسةِ إن علِمَ أو ظَنَّ أنَّه لا يُثمِرُ في ذلكَ الزَّمنِ، كما لو قُدِّرَتْ بمُدَّةٍ يُثمِرُ فيها الشَّجرُ غالبًا فلم يُثمِرْ، أو أثمَرَ بعدَها.

وإنِ استوى الاحتمالانِ[٣] أو جُهِلَ الحالُ فله أُجرةُ المِثْلِ وإن لم يُثمِرْ؛ لأنَّه عمِلَ طامعًا، ولو ساقاه عشْرَ سِنينَ مثلًا والثَّمرةُ لا تُتوقَّعُ إلَّا في العاشرةِ صحَّتْ، والأعوامُ بمنزلةِ الأشهرِ مِن العامِ الواحدِ، فإن وُجدَتْ قبلَ العاشرِ أو بعدَها فلا شيءَ له في الثَّمرةِ؛ إذْ لم يطمَعْ في شيءٍ منها، ولا أجرةَ له أيضًا، ولو فرَغَتِ

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ٣٩٤). (٢) «صحيح مسلم» (٢٢٤٧).

(٣) في (ج): «الاحتمالات».

المُدَّةُ المُعيَّنةُ وعلى النَّخلِ طلعٌ أو بلحٌ، فللعاملِ حصَّتُه منه.

قال الشَّيخانِ[1]: وعلى المالكِ تعهُّدُه إلى الجُذاذِ، قال الأَذْرَعِيُّ[2]: ولم ينقلْه ابنُ الرِّفْعَةِ إلَّا عنِ الشَّافعيِّ، وفي «الانتصارِ» و«المرشدِ»: أنَّ التَّعهُّدَ عليهما؛ لأنَّ الثَّمرةَ مشتَركةٌ بينَهما، ولا أجرةَ على العاملِ في تبقيَةِ حصَّتِه إلى الإدراكِ؛ لأنَّه يستحِقُّها ثمرةً مدركةً بحكمِ العَقْدِ.

ولو أدركَ الثَّمرَ قبلَ انقضاءِ المُدَّةِ لزِمَ العاملُ أن يعمَلَ بقيَّتَها بلا أجرةٍ، ولو وُجِدتَ الثَّمرةُ بعدَ العَقْدِ وقبلَ عمَلِ العاملِ سواءٌ أكان قبلَ قبضِه الشَّجرةَ أم بعدَه استحَقَّ حصَّتَه مِن الثَّمرةِ، وعليه أجرةُ مثْلِ ما استحَقَّ عليه مِن العَملِ. هذا حاصلُ ما في «الجواهرِ» هنا عنِ المَاوَرْدِيِّ.

ثُمَّ أعادَ[3] المَسألةَ وحَكَى عنه ما يُوافِقُ هذا، إلَّا أنَّه فرَّعَ استحقاقَه قبلَ القَبضِ على قولِنا أنَّ العاملَ شريكٌ؛ أي: وهو الأصحُّ لحُدوثِ الثَّمرةِ على ملْكِهما، واستبعَدَه بأنَّه لم يقُلْ أحدٌ أنَّه شريكٌ في الشَّجرِ حتَّى يكونَ حدوثُها على ملْكِهما، وإنَّما هو شريكٌ في الثَّمرةِ، واقتصَرَ غيرُه في النَّقلِ عنه على هذا الثَّاني.

وقال الإمام: إن وقَعَ الاستغناءُ عن جميعِ الأعمالِ أو معظمِها لم يستحِقَّ، أو عن بعضِها كالسَّقيِ في السَّنةِ المَطيرةِ فإن كان المُستغنى عنه معظَمُ المالِ أو ما لا يُتسامَحُ بمثْلِه استحَقَّ مِن الثَّمرةِ بالحسابِ، ويُخالِفُ ما قاله المَاوَرْدِيُّ ما في «فتاوي» القاضي إذا شرَطَ المالكُ على العاملِ أعمالًا تلزمه أي: تلزَمُ العاملَ فأثمرَتِ الأشجارُ والعاملُ لم يعمَلْ بعضَ تلكَ الأعمالِ، استحَقَّ مِن الثَّمرةِ بقدْرِ ما عمِلَ، فإن عمِلَ نصْفَ ما لزِمَه استحَقَّ نصْفَ ما شرَطَ له[4]. انتهَى.

---

(١) «الشرح الكبير» (٦/ ٦٦)، و«روضة الطالبين» (٥/ ١٥٦).

(٢) «قوت المحتاج» (٣/ ٣٩٤).

(٣) في (ج): «عاد».

(٤) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٠١).

وما ذكَرَه الشَّيخانِ[1] وغيرُهما مِن أنَّه لو وقَعَتِ المُساقاةُ على عيْنِه وعامَلَ غيرَه انفسخَتْ بتَركِه العَملَ، وكانَتِ الثِّمارُ كلُّها للمالكِ ولا شيءَ للعاملِ الأوَّلِ وللثَّاني حكمُ مَن عمِلَ في مغصوبٍ إلَّا أن يُفرِّقَ بينَ الشَّرطِ وغيرِه، وأنَّ الشَّرطَ يُقوِّي تعلُّقَ الاستحقاقِ بالعَملِ ويُوقِفُه عليه، وبينَ مُجرَّدِ ترْكِ العَملِ وترْكِه مع معاقدَةِ الغَيرِ، ولا يرِدُ أنَّ مُقتَضى الشِّرْكةِ عدمُ الفَرقِ؛ إذ لا شركةٌ حقيقةٌ قبلَ وجودِ الثَّمرةِ، فليُتأمَّلْ.

ولو كان النَّخيلُ المَعقودُ عليها ممَّا يثمِرُ في العامِ مرَّتيْنِ فأطلَعَتِ الثَّمرةُ الأولى قبلَ انقضاءِ المُدَّةِ والثَّانيةِ بعدَها قال الأذْرَعِيُّ[2]: فهل نقولُ يفوزُ بها المالكُ أو يكونُ العاملُ شريكًا له فيها؛ لأنَّها ثمرَةُ عامٍ واحدٍ؟ لم أرَ فيه شيئًا، وقد سبَقَ له نظائرُ في بيعِ الثَّمرةِ وغيرِه وفي الزَّكاةِ. انتَهَى.

(**وَالثَّانِي: أَنْ يُعَيِّنَ**) العاقدُ (**لِلْعَامِلِ جُزْءًا مَعْلُومًا**) بالجُزئيَّةِ كالنِّصفِ والثُّلُثِ (**فِي الثَّمَرَةِ**) وإن فاوَتَ المشروطَ في السِّنينِ، أو لم يُبيِّنْ حصَّةَ كلِّ سنةٍ؛ كـ «ساقَيْتُكَ على أنَّ لكَ النِّصفُ وتستحقُّه في كلِّ سنةٍ»، فإن لم يُعيِّنْ له شيئًا، أو عيَّنَ له جزءًا مجهولًا أو معلومًا بغيرِ الجُزئيَّةِ؛ كصاعٍ، أو مِن غيرِ الثَّمرةِ كمِئةِ درهمٍ لم تصِحَّ المُساقاةُ، وكذا لو عيَّنَ له ثمرةَ سنةٍ معيَّنةٍ مِن المُدَّةِ والأشجارِ بحيثُ تثمِرُ كلَّ سنةٍ.

قال الرَّافعيُّ[3]: لأنَّها ربَّما لا تثمِرُ تلكَ السَّنةَ فلا يكونُ للعاملِ شيءٌ، أو لا تثمِرُ إلَّا تلكَ السَّنةَ فلا يكونُ للمالكِ شيءٌ، ويُخالِفُ ما لو ساقاه على وَدِيٍّ عشرَ سنينَ والثَّمرةُ لا تُتوقَّعُ إلَّا في العاشرةِ لتكون هي بينَهما؛ لأنَّه شرَطَ له جزءًا مِن جميعِ الثَّمرةِ. انتَهَى.

---

(١) «الشرح الكبير» (٦/ ٧٨)، و«روضة الطالبين» (٥/ ١٦٧).

(٢) «قوت المحتاج» (٣/ ٤٠٥).

(٣) «الشرح الكبير» (٦/ ٦٦).

ويُؤخَذُ منه أنَّه لو شرَطَ له بعضَ ثمرةِ سنةٍ بعيْنِها لم يصِحَّ أيضًا.

ولو ساقاه على نوعيْنِ بالنِّصفِ على أحدِهما، وبالثُّلُثِ على الآخرِ جازَ إن عُرِفَ قدْرُ كلٍّ منهما، وإلَّا فلا؛ لِما فيه مِن الغَررِ، فإنَّ المَشروطَ فيه الأقلُّ قد يكونُ أكثَرَ، بخلافِ ما لو ساقاه عليهما بالنِّصفِ مِن كلٍّ منهما، فإنَّه يجوزُ وإن جُهِلَ قدْرُهما، والفرْقُ كما نقَلَه الرَّافعيُّ[1] عنِ ابنِ الصَّباغِ أنَّ قدْرَ حقِّه في هذه معلومٌ بالجُزئيَّةِ، وإنَّما المَجهولُ النَّوعُ والصِّفةُ بخلافِه في تلكَ فإنَّ القدْرَ مجهولٌ أيضًا لاحتمالِ اختلافِ ثمرةِ النَّوعيْنِ في القَدرِ فيكون قَدرَ ما له مِن ثمرةِ الكلِّ مجهولًا؛ لأنَّ المُستحقَّ على تقديرِ نصفِ الأكثرِ وثُلثِ الأقلِّ وعلى تقديرِ بالعكسِ، والأوَّلُ أكثرُ مِن الثَّاني.

ومِن الشَّرائطِ أيضًا اختصاصُهما بالثَّمرةِ وانفرادُ العاملِ بالعَملِ واليدِ في الحَديقةِ، فلو شرَطَا لثالثٍ بعضَ الثَّمرةِ، أو لغيرِ العاملِ كعبيدِ المالكِ يدًا أو تصرُّفًا معَه بطَلَتْ، نعَمْ لو شرَطَا بعْضَها لعبدِ المالكِ أو العاملِ صحَّ؛ لأنَّه في الحقيقةِ لمالكِ العَبدِ، أو شرَطَا معاونةَ عبيدِ المالكِ ولا يدَ ولا تصرُّفَ لم يضُرَّ.

وفي نسخةٍ: ولها شرائطُ أن يُقدِّرَها بمدَّةٍ معلومةٍ، وأن ينفَرِدَ العاملُ بعمْلِه، وألَّا يشْرِطَ مشاركَةَ العاملِ في العَملِ، وأن يشرِطَ للعاملِ جزءًا معلومًا مِن الثَّمرةِ. انتَهى.

(ثُمَّ العَمَلُ فِيهَا عَلَى ضَرْبَيْنِ):

(١) **(عَمَلٍ يَعُودُ نَفْعُهُ)** بالذَّاتِ **(إِلَى الثَّمَرَةِ)** بأن يتعلَّقَ بتنميَتِها وصلاحِها؛ كالسَّقْيِ، وإصلاحِ مجاري الماءِ، والحُفرِ التي يقِفُ فيها حولَ الشَّجرِ، وتنقيةِ الأنهارِ والآبارِ مِن الطِّينِ ونحوِه، والتَّلقيحِ، وقطْعِ ما يضُرُّ الشَّجرَ كقُضبانِ

---

[1] «الشرح الكبير» (٦/ ٦٢).

وحشيشٍ وجَريدٍ، وإدارةِ الدُّولابِ، وفتحِ رأسِ القَناةِ وسَدِّها عند السَّقي على ما يقتَضِيه الحالُ، وحفْظِ الثَّمرِ عنِ السَّارقِ والطَّيرِ وقطْعِه وتجفيفِه.

(**فَهُوَ عَلَى العَامِلِ**) لاقتضاءِ العُرفِ ذلكَ.

(٢) (**وَعَمَلٍ يَعُودُ نَفْعُهُ**) بالذَّاتِ (**إِلَى الأَرْضِ**) بما فيها مِن الأشجارِ بأن يتعلَّقَ بحفْظِ ذلكَ؛ كحَفْرِ البئرِ وما انهارَ منها، وبناءِ الحِيطانِ، ونصْبِ الأبوابِ والدُّولابِ، (**فَهُوَ عَلَى رَبِّ المَالِ**)؛ للعُرفِ، كما أنَّ عليه الأعيانَ؛ كطَلعِ التَّلقيحِ، وقَصَبِ التَّعريشِ، وظرفِ العَناقيدِ والمِنجَلِ والمِعْولِ[١] والمِسْحاةِ، فلو شرطَ على أحدِهما ما على الآخرِ بطَلَ العَقْدُ، نعَمْ استَثْنى البَنْدَنِيجِيُّ ما إذا شرَطَ السَّقيَ على المالكِ فيلزَمُه، ورواه عنِ النَّصِّ؛ لأنَّه لو ساقاه على البَعليِّ وهو ما يَشرَبُ بعُروقِه جازَ. وقضيَّةُ كلامِ الشَّيخيْنِ والأصحابِ خلافُه.

وإن عمِلَ أحدُهما ما على الآخرِ بغيرِ إذْنِه لم يستحِقَّ شيئًا، أو بإذْنه استحَقَّ الأجرةَ، واستشْكَلَه الإِسْنَوِيُّ[٢] بأنَّ مُجرَّدَ الإذْنِ لا يقتَضِي الأُجرةَ، فالمتَّجِهُ تخريجُه على ما إذا قال: «اغسِلْ ثوبي»، والصَّحيحُ فيه عدمُ الوجوبِ.

وأُجيبَ: بأنَّ هذا تابعٌ لعَملٍ تجِبُ فيه الأجرةُ، بخلافِ قولِه: «اغسِلْ ثوبي».

ويتبَعُ العُرفَ في تعريشِ العِنبِ، ووضْعِ الشَّوكِ على رؤوسِ الجِدارِ، وسدِّ الثُّلمِ اليَسيرةِ التي تتَّفقُ في الجِدارِ، وقضيَّةُ كلامِه أنَّه لا يجِبُ تفصيلُ هذه الأعمالِ ولا العِلْمُ بتفصِيلها، وليس مرادًا؛ فقدْ قال الشَّيخانِ في «الرَّوضَةِ»[٣] و«أَصْلها»[٤]: إذا عقَدَ بلفْظِ المُساقاةِ فالصَّحيحُ أنَّه لا يحتاجُ إلى تفصيلِ الأعمالِ، بل يُحمَلُ في كلِّ ناحيةٍ على عُرْفِها الغالبِ، ثُمَّ قالا: وهذا الخلافُ إذا علِمَ المُتعاقدانِ العُرفَ المَحمولَ عليه، فإن جهِلَه أحدُهما وجَبَ التفصيلُ قطعًا. انتَهى.

---

(١) في (هـ): «والعود».

(٢) «المهمات» (٦/ ١٢٨).

(٣) «روضة الطالبين» (٥/ ١٥٨).

(٤) «الشرح الكبير» (٦/ ٦٨).

وظاهِرُه أنَّ الحَمـلَ المذكـورَ مختـصٌّ بمـا إذا عقَدَ بلفـظِ المُسـاقاةِ، قال الزَّرْكَشِـيُّ: وكلامُ الإمامِ يشـيرُ إليه حيثُ قال: فإن قال: «خُذْ» فلا بدَّ مِن شـرحِ الأعمالِ التي على العاملِ، وإن قال: «ساقيْتُكَ» فلا حاجةَ إلى تفصيلِ الأعمالِ، وإن قال: «عاملْتُكَ» ففي التَّفصيلِ تردُّدٌ، وتابَعَه عليه الغَزَاليُّ. انتَهى. لكن صرَّحَ ابنُ يُونسَ بأنَّه لا فرْقَ بينَ لفْظِ المُساقاةِ وغيرِه[١].

فـإن قلْتَ: قضيَّـةُ هذا الذي قاله الشَّـيخانِ اعتبـارُ العُـرفِ في كلِّ الأعمالِ، وذلـكَ يُنافِي ما تقرَّرَ مِـن أنَّ منها ما هو على العاملِ، ومنها ما هو على المالكِ، ومنها ما يتبَعُ العُرفَ فيه.

قلْتُ: لا نُسـلِّمُ المُنافاةَ؛ لجَـوازِ أنْ يكونَ مبنى جعْـلِ البعضِ على أحدِهما اطِّرادُ العُرفِ بأنَّه عليه، ومبنى الحَوالةِ على اتِّباعِ العُرفِ اختلافُ العُرفِ فيه.

ويملِـكُ العامـلُ نصيبَـه مِـن الثَّمـرةِ بظُهورِهـا إن عُقِـدَتِ المُسـاقاةُ قبلَـه، وإلَّا فبالعَقْـد، ولا شـيءَ للعامـلِ في الجَريـدِ والكِرْنَافِ، وكذا اللِّيـفُ كما قاله الأَذْرَعِيُّ، فإن شـرَطَ ذلكَ له فسَـدَ العَقْدُ، أو لهما فوجهانِ، أوجهُهُما كما قاله شيخُ مشايخِنا[٢]: الجَوازُ.

ولقائلٍ أن يقولَ: قضيَّةُ كونِها عندَ الإطلاقِ للمالكِ فسادُ العَقْدِ بشرْطِها بينَهما لمُخالفتِه مُقتَضى العَقْدِ، ويدُلُّ عليه الفَسـادُ إذا شُرِطَتْ للمُشتَري وحده والقُنْوُ وَشَمَارِيخُهُ بينَهما، وفي العُرجونِ وجهانِ أوجهُهُما كما قال شيخُ مشايخِنا[٣] أنَّه للمالكِ.



(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٣٩٧).
(٢) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٠٠).
(٣) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٠٠).

(فَصْلٌ)
فِي الإِجَارَةِ

وهي تمليكُ منفعةٍ بعِوضٍ بشروطٍ.

(وَكُلُّ مَا) أي: شيءٍ (أَمْكَنَ الِانْتِفَاعُ بِهِ) شرعًا (مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ) وتقوُّمِ منفعتِه والقُدرةِ حسًّا وشرعًا على تسليمِها؛ كدارٍ للسُّكنى، ودابَّةٍ كفيلٍ للرُّكوبِ أو حمْلٍ، أو دوسِ الزَّرعِ أو الطِّينِ، وتَيسٍ للمشْيِ أمامَ الغَنمِ، وثوبٍ للُّبسِ، ومِسكٍ للشَّمِّ، وهرَّةٍ لدفْعِ الفأرِ، وفهدٍ أو شبكةٍ للصَّيدِ، وشجرةٍ للاستظلالِ والرَّبطِ بها، وحبلٍ لنشْرِ الثِّيابِ عليه، ولَبِنٍ لسَدِّ كُوًى، وحَشٍّ لقَضاءِ حاجةٍ، وطائرٍ للأُنسِ بصَوتِه أو لَونِه، أو بُستانٍ للنَّظرِ إليه كما نقَلَه الرُّويانِيُّ عنِ الأصحابِ خلافًا للقاضي أبي الطَّيِّبِ، وحُرٍّ لخدمةٍ أو غيرِها، وكُتبٍ مباحةٍ ككتبِ شِعرٍ لا فُحشَ فيها لقراءتِها والمُطالعةِ فيها.

(صَحَّتْ إِجَارَتُهُ) بشَرطِ كونِ المقصودِ منه استيفاءَ منفعتِه ووقوعَها للمُستأجرِ أو نائبِه، بخلافِ ما لا يُمكِنُ الانتفاعُ به شرعًا؛ كحِمارٍ زَمِنٍ، وآلاتِ الملاهي، وما يُمكِنُ الانتفاعُ به مع إذهابِ[1] عيْنِه؛ كالأطعمةِ لأكْلها، والشُّموعِ لإيقادِها، وما لا قيمَةَ لمنفعتِه كالدَّراهمِ والدَّنانيرِ والأطعمةِ لتزيينِ الحوانيتِ، وكبيَّاعٍ لكلمةٍ لا تتعبُ وإن روَّجَتِ السِّلعةَ، فإن تعِبَ فيها بتَردُّدٍ أو كلامٍ فله أجرةُ المثْلِ، وكطبيبٍ لكلمةٍ تُنبِّهُ على دواءٍ انفرَدَ بمعرفتِه، كما لو عرَفَ شيئًا لقطْعِ البواسيرِ؛ إذ لا مشقَّةَ عليه في التلفُّظِ به، فهو كحبَّةِ سِمسمٍ لا قيمةَ لها، وعلْمُه بذلكَ لا ينتقِلُ إلى غيرِه، فليس فيه ما يُقابَلُ بعوضٍ، بخلافِ ما لو

---

(١) في (ج): «ذهاب».

عـرَفَ الصَّيقلُ الماهرُ إزالةَ اعوجاجِ السَّـيفِ أو المِرآةِ بضربـةٍ واحدةٍ، فإنَّ له أن يأخُذَ عليها عِوضًا وإن كثُرَ؛ لأنَّ هذه الصِّناعاتِ تتعِبُ في تعليمِها ليكتسِبَ بها، ويُخفِّفَ عن نفسِـه كثرَةَ التَّعبِ، كذا ذكَـرَه الغَزاليُّ في «الإحياءِ»[1]، وأفْتَى البَغَويُّ بعدمِ صحَّةِ الاستئجارِ لذلكَ.

قال الأَذْرَعِيُّ: والمُختارُ ما قاله الغَزَاليُّ[2].

ومـا لا قُدرةَ على تسـليمِه؛ كآبـقٍ، ومغصوبٍ لغيرِ مَن هـو في يدِه ولا يقدِرُ على انتزاعِه عقِبَ العَقْدِ، وكأعمى للحِراسةِ بالبَصرِ، وحائضٍ لخِدمةِ مَسجدٍ، وأجنبيَّـةٍ لخِدمةِ أجنبيٍّ، وبالعكـس كما في «الجواهرِ» هنا، ثُـمَّ ذَكَرَ أنَّ هذه في الحُرَّةِ، وأنَّ في الأمةِ الأجنبيَّة للخدمةِ خلافًا.

وجاهـلٍ للتَّعليمِ وإنِ اتَّسـعَتِ المُـدَّةُ لتعليمِه، ثُمَّ تعلَّمـه إذا كانَتِ الإجارةُ عينيَّةً، ومسـلمٍ لبناءِ كَنيسـةٍ وإن حُكِيَ عنِ الفُورَانِيِّ وغيرِه الصِّحَّةُ مع الكراهةِ لاحتمـالِ اتِّخاذها بيتًا، وذمِّـيٍّ لكتابةِ القُرآنِ، وبيتٍ ليجعَلَه بيتَ نارٍ أو يبيعَ فيه الخمْرَ، وأرضٍ للزِّراعةِ لا يوثَقُ بما تُسقَى منه مِن مطرٍ أو غيرِه.

ومـا إذا كان المقصودُ اسـتيفاءَ عينٍ؛ كالبُسـتانِ لثمرتِه، والشَّـاةِ لصوفِها أو نتاجِها أو لبنِها أو لإرضاعِ سخلةٍ أو طفلٍ، نعَمْ يجوزُ إيجارُ بئرٍ للاستقاءِ منها، وقناةٍ للزِّراعةِ بمائِها، وامرأةٍ لإرضاعِ طفْلٍ.

قـال الشَّـيخانِ في «الرَّوضَـةِ»[3] و«أَصْلِها»[4]: ثُـمَّ إنِ اسـتأجَرَها للإرضاعِ ونفى الحَضانةَ فوجهانِ: أحدُهما: المنعُ؛ كاسـتئجارِ الشَّـاةِ لإرضاعِ سـخْلةٍ،

---

(١) «إحياء علوم الدين» (٢/ ١٥٥).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٠٦).

(٣) «روضة الطالبين» (٥/ ١٧٩).

(٤) «الشرح الكبير» (٦/ ٩١).

وأصحُّهما الجوازُ، وبه قطَعَ الأكثرون، كما يجوزُ الاستئجارُ لمُجرَّدِ الحَضانةِ، قال الإمامُ: وهذا الخلافُ إذا قصَرَ الإجارةَ على صرْفِ اللَّبنِ إلى الصَّبيِّ وقطَعَ عنه وضْعَه في حجْرِها ونحوَه، أي: الذي هو الحَضانةُ الصُّغْرى، فأما الحَضانةُ بالتَّفسيرِ الذي سنذكُرُه إن شاءَ اللهُ تعالى أي: وهي الكُبْرَى، فيجوزُ قطْعُها عنِ الإرضاعِ بلا خلافٍ. انتهى.

وهو كما تَرَى مصرِّحٌ بجَوازِ نفْيِ كلٍّ مِن الحَضانتيْنِ قطعًا في الكُبْرَى، وعلى الأصحِّ في الصُّغْرى، فتقييدُ شيخِ مشايخِنا[1] جوازَ النَّفيِ بالكُبْرَى مخالفٌ لذلكَ، فالحاصلُ أنَّه يجوزُ الاستئجارُ للإرضاعِ مُطلقًا، أو مع إحدى الحَضانتيْنِ أو نفيُ كلٍّ منهما، والصُّغْرى وضْعُ الطِّفلِ في الحجْرِ وإلقامُه الثَّديَ وعصرُه له بقدْرِ الحاجةِ، والكُبْرَى وهي حفْظُ الطِّفلِ وتعهُّدُه بغَسلِ رأسِهِ وبدنِه وثيابِه، ودهنِه وكحلِه، وربطِه في المَهْدِ، وتحريكِه لينامَ ونحْوِها ممَّا يحتاجُ إليه.

وإطلاقُ الاستئجارِ للإرضاعِ يتضمَّنُ استيفاءَ اللَّبنِ مع الصُّغْرى، أمَّا الكُبْرَى فلا تدخُلُ إلَّا بالنَّصِّ عليها، فلو نصَّ عليها فانقطَعَ اللَّبنُ انفسَخَ العَقْدُ في الإرضاعِ دونَها فيسقُطُ قسْطُه مِن الأجرةِ.

وما إذا وقعَتِ المَنفعةُ لغيرِ المُستأجرِ ونائبِه، كما في الاستئجارِ للصَّلاةِ والصَّومِ والإمامةِ ولو لنافلةٍ كالتَّراويحِ؛ لأنَّ منفعةَ ذلكَ مِن امتحانِ المُكلَّفِ بكسْرِ نفسِه بفعْلِها، وتحصيلُ فضيلةِ الجماعةِ لا يحصُلُ لغيرِ الفاعلِ، ومِن هنا نظَرَ بعضُهم فيما ذكَرَه صاحبُ «الأنوارِ»[2] مِن أنَّه لوِ استأجَرَ ظرفًا مشتركًا مِن شريكٍ ليجعَلَ فيه حِنطةً مشتركةً صحَّ بأنَّ شرطَ الإجارةِ عودُ المَنفعةِ

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٠٦).
(٢) «الأنوار» (٢/ ١٤٤).

للمُستأجرِ لا للمُؤجَّرِ. قال: وقد تقدَّمَ في «الأنوارِ»[(١)] أنَّه لوِ استأجَرَ دابَّةً ليركبَها مالكُها لم يصِحَّ، فكذا هنا يفسُدُ في قدْرِ حصَّتِه. انتَهَى.

وما تقرَّرَ مِن ضابطِ ما يصِحُّ إجارتُه شاملٌ للزَّوجةِ بالنِّسبةِ لزوجِها، وقد قال البَغَويُّ: إذا استأجَرَ زوجتَه لعمَلٍ فإن كان لا يمنَعُ الاستمتاعَ ولا ينقِصُه فلها النَّفقةُ مع الأُجرةِ، وإلَّا فلا نفقةَ، وكذا بالنِّسبةِ لغيرِ زوجِها، لكن لا يصِحُّ إيجارُها نفْسَها إجارةَ عينٍ بغيرِ إذْنِ زوجِها، بخلافِ إيجارِها نفْسَها في الذِّمَّةِ، فيصِحُّ بغيرِ إذْنِه فإن حصَّلَتِ العَملَ بنفْسِها أو غيرِها استحقَّتِ الأجرةَ، وقد يشمَلُ أيضًا ما في «فتاوي» ابنِ الصَّلاحِ[(٢)] مِن أنَّه لوِ استأجَرَ رجلًا يقعُدُ مكانَه في الحَبْسِ مدَّة صحَّ واستحَقَّ أُجرتَه؛ لأنَّ المَنافِعَ كالأعيانِ، وهو استدعاءٌ لإتلافِ منافعِه بعِوضٍ لغَرضٍ صحيحٍ؛ كقوله: «ألْقِ متاعَكَ في البحرِ وعليَّ ضمانُه»، أو «طلِّقْ زوجتَكَ وعليَّ ألفٌ».

ونظَرَ بعضُهم في صحَّةِ الإجارةِ؛ لأنَّ المُستحِقَّ قد لا يرْضَى بحبْسِ غيرِ غريمِه ولا يُكلَّفُ الرِّضى به، فالمنفعَةُ غيرُ موثوقٍ بحصولِها، ولو جعَلَها جِعالةً كان أقرَبَ، بل في جوازِه نظرٌ.

وقال بعضُهم: المُراد مُجرَّدُ صحَّةِ الإجارةِ لا أنَّه يلزَمُ المُستحقَّ القبولُ.

وإنَّما تصِحُّ إجارةُ ما ذُكِرَ **(إِذَا قُدِّرَتْ مَنْفَعَتُهُ)** المقصودةُ بالإجارةِ لتعلَمَ **(بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ)** إمَّا:

(١) **(مُدَّةٍ)** معلومةِ القدْرِ؛ كسُكْنى دارٍ سنةً أو شهرًا، كأنْ يقولَ: «آجرْتُكَها لتسكُنَها» فلو قال: «على أن تسكُنَها» لم يجُزْ كما قاله في «البحرِ»[(٣)]، قال: ولا

(١) «الأنوار» (٢/ ١٣٣).

(٢) «فتاوى ابن الصلاح» (١/ ٣٣٣).

(٣) «بحر المذهب» (٧/ ١٨٠).

يجوزُ أن يقولَ: «لتسكُنَها وحدَكَ» ذكَرَه بعضُ أصحابِنا، ولا بدَّ مِن تحديدِها بالجهاتِ كما في البيعِ، حكاه ابنُ الرِّفْعَةِ[1] عنِ القاضي أبي الطَّيِّبِ.

ولو أكْرَى دابَّةً للرُّكوبِ شهرًا وجَبَ بيانُ النَّاحيةِ.

وقولُه: «مدَّةٍ» أي: أكثَرُها ما تبْقَى فيه العَينُ غالبًا فتؤجَّرُ الدَّابَّةُ إلى عشرِ سنينَ ونحوِها، والعبدُ إلى ثلاثين سنةً ونحْوِها، والثَّوبُ إلى سنةٍ أو سنتيْنِ ونحوِهما، والأرضُ إلى مئةِ سنةٍ أو أكثَرَ على ما يلِيقُ بالمذكوراتِ، سواءٌ فيها الوَقْفُ والطَّلْقُ.

وأمَّا أقلُّها فقال المَاوَرْدِيُّ[2]: أقلُّ مدَّةٍ تؤجَّرُ الأرضُ فيها للزِّراعةِ مدَّة زراعتِها، وللسُّكنى يومٌ؛ لأنَّ ما دُونَه تافهٌ لا يُقابَلُ بعِوضٍ.

وإذا أجَّرَ شيئًا أكثَرَ مِن سنةٍ لم يجِبْ تقديرُ حصَّةِ كلِّ سنةٍ، وتُوزَّعُ الأجرةُ على قيمةِ منافعِ السِّنينِ، أو آجَرَه شهرًا مثلًا وأطلَقَ صحَّ، وجُعِلَ ابتداءُ المُدَّةِ مِن الآنَ؛ لأنَّه المفهومُ المُتعارَفُ، وقيلَ: يُشترَطُ أن يقولَ مِن الآنَ، ذكَرَ ذلكَ في «الرَّوضةِ»[3]، ومَشَى ابنُ الرِّفْعَةِ على الثَّاني، ونقَلَه عن جَزمِ العِراقيِّينَ، أو آجَرَه شهرًا مِن هذه السَّنةِ، وقد بقِيَ منها أكثرُ مِن شهرٍ لم يصِحَّ للإبهامِ واختلافِ الأغراضِ، فلو قُدِّرَتِ المَنفعةُ بمُدَّةٍ لا تبْقَى فيها العَينُ غالبًا بطَلَ العَقْدُ في الزَّائدِ، وفي الباقي قولَا تفريقِ الصَّفقةِ، قاله المَاوَرْدِيُّ[4].

(٢) (أَوْ) محَلُّ **(عَمَلٍ)** كخياطةِ هذا الثَّوبِ، وركوبِ هذه الدَّابَّةِ إلى مكانِ كذا، سواءٌ أكانَتْ إجارةَ عينٍ أو ذمَّةٍ، بخلافِ التَّقديرِ بالمُدَّةِ لا يأتي في إجارةِ

(١) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١١/ ٢١٩).
(٢) «الحاوي الكبير» (٧/ ٤٠٦).
(٣) «روضة الطالبين» (٥/ ١٩٦).
(٤) «الحاوي الكبير» (٧/ ٤٠٦).

الذِّمَّةِ، فلو قال: «ألزَمْتُ ذمَّتَكَ عمْلَ الخياطةِ شهرًا» لم يصِحَّ، نعَمْ إن بيَّنَ صفةَ العمْـلِ ونوْعَ محَلِّه صحَّ، كما بحَثَـه ابنُ الرِّفْعَةِ وصرَّحَ به القَفَّالُ، وعلَّلَه بأنَّه لا فرْقَ بينَ الإشارةِ إلى الثَّوبِ ووصْفِه[1].

وقولُه: «بأحدِ أمريْنِ» صادقٌ مع تعيينِ أحدِهما كالمُدَّةِ، فإنَّها تتعيَّنُ في نحْوِ العَقارِ والإرضاعِ؛ إذ منافعُ العَقارِ وتقديرُ اللَّبنِ إنَّما تنضبطُ بالمُدَّةِ، والاكتحالِ، فإنَّ قدْرَ الدَّواءِ لا ينضبِطُ، ويختلِفُ بحسـبِ الحاجـةِ كما هو صادقٌ مع تأتِّي كلٍّ منهما، كما في استئجارِ شخصٍ ليخِيطَ له شهرًا خياطَةً موصوفةً، أو ليخِيطَ له هذا الثَّوبَ، أو دابَّةٍ ليتردَّدَ عليها في حوائجِه اليومَ، أو ليركبَها إلى موضعِ كذا.

ومفهومُـه امتنـاعُ الجَمـعِ بينَ الأمريْـنِ، وهو كذلـكَ، فلوِ اكترَى شـخصًا لخياطَةِ ثوبٍ بياضَ النَّهارِ، أو دابَّةً لركوبِها إلى موضعِ كذا اليومَ لم يصِحَّ، نعَمْ إن قصَـدَ التَّقديرَ بالعَملِ وذكَـرَ اليومَ للتَّعجيلِ فينبَغِـي أنْ يصِحَّ، وكذا إذا كان الثَّوبُ صغيرًا ممَّا يفرَغُ عادةً في دونِ اليومِ، ذكَرَه السُّبكيُّ[2].

وامتنـاعُ الخُلـوِّ عنهمـا وهو كذلـكَ أيضًـا، ولهذا قـال البَغَـويُّ: لا يجوزُ اسـتئجارُ الأرضِ لدفْـنِ الميِّتِ؛ لأنَّ نبْشَـه لا يجوزُ قبلَ بِـلاه، ولا يُعرَفُ متى يكونُ بِلاه[3].

نعَـمْ لوِ اسـتأجر الإمامُ لـلأذانِ مِن بيـتِ المالِ كَفَـى أن يقولَ: «كلُّ شـهرٍ بدرهمٍ»، أو اسـتأجَرَ ذمِّيًّا لجهادٍ صحَّ، كما في «الشَّاملِ»؛ للضَّرورةِ، ولا تقديرَ فيهما إلا بالمُدَّةِ ولا بمَحَلِّ العَملِ كما هو ظاهرٌ.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤١١).
(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤١١).
(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤١٥).

(وَإِطْلَاقُهَا) يعني الإجارةَ العَينيَّةَ مِن حيثُ الأجرةُ إذا كانت في الذِّمَّةِ عن ذكْرِ تعجيلِها وتأجيلِها (يَقْتَضِي تَعْجِيلَ الْأُجْرَةِ) أي: حلولَها، سواءٌ أكانَتِ الإجارةُ عينيَّةً أم ذمِّيَّةً، فإن قيَّدَها بالحُلولِ كانت حالَّةً كما هو معلومٌ.

وقولُه: (إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ) أي: في الإجارةِ العَينيَّةِ (التَّأْجِيلُ) للأُجرةِ بأن يُقيِّدَها بـه أي: فتكونُ مؤجَّلةً، استثناءٌ منقطعٌ، بخلافِ الأجرةِ المُعيَّنةِ فلا تكونُ إلَّا حالَّةً، وتأجيلُها مفسِدٌ، سواءٌ في ذلكَ الإجارةُ العَينيَّةُ والذِّمِّيَّةُ، وبخلافِ الأجرةِ إذا كانت في الذِّمَّةِ في الإجارةِ الذِّمِّيَّةِ، فإنَّها كرأسِ مالِ السَّلَمِ في وجوبِ قبْضِها في المَجلسِ وامتناعِ تأجيلِها والإبراءِ منها والاستبدالِ عنها والحَوالةِ بها وعليها.

وتُملَكُ الأجرةُ بالعَقْدِ مُطلقًا ملكًا مُراعًى، ومعناه أنَّه كلَّما مَضَى زمَنٌ على السَّلامةِ بانَ أنَّه استقرَّ ملْكُه على ما يُقابِلُ ذلكَ الزَّمَنَ مِن الأُجرةِ إن قبَضَ المُستأجرُ العَينَ أو امتنَعَ مِن قبْضِها بعدَ عرْضِها عليه.

وقضيَّةُ ملْكِها بالعَقْدِ أنَّ للمَوقوفِ عليه التَّصرُّفَ في جميعِها؛ لأنَّها ملْكُه في الحالِ، وهو ما قاله ابنُ الرِّفْعَةِ، وتبِعَه شيخُنا الشِّهابُ الرَّمليُّ[1] فأفْتَى بذلكَ، وبأنَّه[2] لا رُجوعَ للبَطْنِ الثَّاني على النَّاظرِ إذا ماتَ البَطْنُ الأوَّلُ قبلَ فراغِ المُدَّةِ، بل على تركَةِ البَطْنِ الأوَّلِ، وخالَفَ القَفَّالُ ومَنْ تبِعَه في الأمريْنِ.

فإن فسَدَتِ الإجارةُ استقَرَّتْ أجرةُ المِثْلِ فيها بما يستقِرُّ به المُسمَّى في الصَّحيحةِ، نعَمْ التَّخليةُ في العَقارِ والوَضعُ بينَ يدَيِ المُستأجرِ والعَرْضُ عليه مع امتناعِه مِن القبْضِ إلى انقضاءِ المُدَّةِ يستقِرُّ به المُسمَّى في الصَّحيحةِ دونَ أجرةِ المِثْلِ في الفاسدةِ.

---

(١) «فتاوى الرملي» (٣/ ٥٥). (٢) في (ج): «وأنه».

والعِبْـرةُ في الأجرةِ إذا كانت نقدًا بنقْدِ بلدِ العَقْـدِ وقْتَه، فإن كان ببادِيةٍ اعتُبرَ أقـربُ البلادِ إليها كمـا بحَثَه الأَذْرَعِيُّ، فإن فسَـدَتِ الإجـارةُ فالعِبْرةُ بموضعِ إتلافِ المَنفعةِ، وإذا حلَّتِ الأجرةُ المُؤجَّلةُ وقد تغيَّرَ النَّقدُ وجبَتْ مِن نقْدِ يومِ العَقْدِ لا يومِ تمامِ العَملِ[1].

(وَلَا تَبْطُلُ الإِجَارَةُ) عَينيَّةً كانت أو ذمِّيَّةً (بِمَوْتِ أَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ) مِن حيثُ إنَّـه أحَدُ المُتعاقديْنِ، ولا بمَوتِ المُتعاقديْنِ جميعًا مِن حيثُ إنَّهما المُتعاقدانِ قبلَ تمامِها، بل إنْ ماتَ المُسـتأجرُ خلَفَه وارثُه في اسـتيفاءِ المَنفعةِ، أو المُؤجِّرُ تُركَـتِ العَينُ المُؤجَّرةُ عندَ المُسـتأجِرِ إلـى انقضاءِ المُدَّةِ، ولـوِ التزَمَ عملًا في ذمَّتِه وماتَ، فإنْ كان له تركةٌ استُؤجِرَ منها، وإلَّا فإنْ قامَ الوارثُ به فذاكَ، وإلَّا فللمُستأجِرِ الفسْخُ.

وبطلانُها فيما بقِيَ بمَوتِ الأجيرِ المُعيَّنِ، أو موتِ البَطْنِ مثلًا مِن المَوقوفِ عليهـم، وقد أجَّـرَ الوقْفَ[2] بـدونِ أجرةِ المِثْـلِ، أو كان النَّظرُ لـكلِّ بطْنٍ مدَّةَ اسـتحقاقِه أو مـوْتُ مسـتحقِّ المَنفعـةِ بإقطاعٍ أو وصيَّـةٍ له بها مـدَّةَ حياتِه بعدَ إيجـارِه، أو موتُ مؤجّـرِ مدبَّرِه، أو أمِّ ولدِه، أو معلَّـقِ العِتق بصفةٍ وُجدَتْ مع موتِـه ليس مِن حيثُ إنَّه أحـدُ المُتعاقديْنِ، بل من حيثُ فـواتُ موردِ العَقْدِ في الأوَّلِ، وفـواتُ شـرْطِ الواقفِ أو شـرْطِ التَّصـرُّفِ على[3] الغيـرِ في الثَّاني، أو شـرطِ المُقطعِ أو المُوصي في الثَّالثِ، وعدمُ اسـتحقاقِ المُؤجِّرِ المَنافعَ الباقيةَ في الرَّابعِ لاستحقاقِ العِتقِ قبلَ الإيجارِ.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٣٥).

(٢) في (ج): «الواقف».

(٣) في (هـ): «عن».

وبخلافِ ما لو أطلَقَ الواقفُ شـرْطَ النَّظرِ لكلِّ بطْنٍ، أو قيَّدَه بنحْوِ الأرْشَـدِ منهم، وما لو تأخَّرَ التَّدبيرُ أو الإيلادُ أو التَّعليقُ عنِ الإيجارِ، فلا تبطُلُ الإجارةُ بالمَـوتِ لعـدمِ تقييـدِ النَّظرِ باسـتحقاقِ المؤجّـرِ في الأولى وتقدُّمِ اسـتحقاقِ المَنفعةِ على الإيجارِ في الثَّانيةِ.

فلو فسَـخَ الإيجارَ بعدَ المَوتِ بعَيبٍ ظهَرَ بالرَّقيقِ فينبَغِي ملْكُ منافعِ نفْسِـه أخـذًا ممَّا رجَّحَه النَّوويُّ[1] فيما لو آجَرَه عبدَه ثُمَّ أعتَقَه، ثُمَّ فسَـخَ الإيجارَ مِن أنَّه يملِكُ منافعَ نفْسِـه، بخلافِ ما لو باعَ العَينَ المُسـتأجرةَ ثُمَّ فسَـخَ الإيجارَ، فإنَّ منفعَتَه بقيَّةَ المُدَّةِ للبائعِ.

وفرَّقَ شـيخُ مشـايخِنا[2] بأنَّ العِتقَ لمَّا كان متقربًا به، والشَّارعُ متشوِّفٌ إليه كانت منافعُ العَتيقِ نظرًا لمقصودِ المُعتقِ مِن كمالِ تقرُّبِه، بخلافِ البيعِ ونحْوِه.

ولـو أجَّرَ الوَلـيُّ الصَّبيَّ أو مالَه مدَّةً فبلَغَ فيها بالسِّـنِّ، تبيَّنَ بُطلانُ إجارتِه في الزَّائدِ على مدَّةِ البلوغِ؛ لانقطاعِ ولايتِه عنه، نعَمْ إن بلَغَ سفيهًا فالإجارةُ بحالِها لبقاءِ الولايةِ عليه، فلو غابَ مُدَّةً يبلُغ فيها بالسِّـنِّ ولم يعلَمْ وليُّه أبلَغَ رشـيدًا أم لا، لم يكُنْ له التَّصرُّفُ في مالِه استصحابًا لحكمِ الصِّغرِ، وإنَّما يتصرَّفُ الحاكمُ.

ذكَرَه الإسْـنَوِيُّ، وخالَفَه شيخُنا الرَّمليُّ، فاعتمَدَ بقاءَ ولايتِه؛ لأنَّها لا ترتفِعُ بمُجرَّدِ البلوغِ، بل بالبلوغ رشيدًا ولـم يعلَمْ، فلا نرفعُها بمُجرَّدِ الشَّكِّ، ويستمِرُّ الإيجارُ بخلافِ ما لو بلَغَ فيها بالاحتلامِ، فإنَّ الإيجارَ بحالِه، والفرْقُ أنَّ بلوغَه بالسِّنِّ له أمدٌ معلومٌ، فالمُؤجِّرُ مقصِّرٌ بالزِّيادةِ عليه.

---

(١) «روضة الطالبين» (٥/ ٢٥١).

(٢) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٣٤).

وفرَّقَ شيخُ مشايخِنا بينَ بقاءِ الإيجارِ هنا وبُطلانِه بمَوتِ البطْنِ الأوَّلِ كما تقدَّمَ بأنَّ تصرُّفَه إنَّما هو بإذْنِ الواقفِ وقد قصَرَه على شيءٍ فلا يتجاوزُهُ، بخلافِ تصرُّفِ الوَليِّ.

(وَتَبْطُلُ) الإجارةُ (بِتَلَفِ العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ[1]) إجارةَ عينٍ؛ كانهدامِ الدَّارِ، وموتِ الدَّابَّةِ لفَواتِ مَحلِّ المَنفعةِ، ثُمَّ إنْ كان التَّلفُ قبلَ القَبضِ حقيقةً أو حكمًا، أو بعدَه وقبلَ مُضيِّ مدَّةٍ لمثْلِها أجرةٌ بطَلَتْ بالكليَّةِ، وإلَّا ففي الباقي منها دونَ الماضي، فيجِبُ قسْطُ ما مَضَى مِن المُسمَّى بتوزيعِه على أجرةِ ما مَضَى وما بقِيَ مِن المُدَّةِ لا على المُدَّتينِ، فلو كانَتِ المُدَّةُ شهريْنِ ومَضَى شهرٌ وأجرةُ مثْلِه ضعْفُ أجرةِ مثْلِ ما بقِيَ وجَبَ مِن المُسمَّى ثُلُثاه أو بالعكسِ فثُلُثُه.

وخرَجَ بتَلَفِ العَينِ: تعيُّبُها، فلا تبطُلُ به الإجارةُ، بل يثبُتُ به الخيارُ على التَّراخي، والمُراد بالعَيبِ هنا: ما يُؤثِّرُ في المَنفعةِ تأثيرًا يظهَرُ به تفاوتٌ في الأجرةِ لا في القِيمةِ؛ لأنَّ موردَ العَقْدِ المَنفعةُ، وذلكَ كانهدامِ جِدارِ الدَّارِ ودِعامتِها، وانكسارِ جذْعِها، وعدمِ إبصارِ الدَّابَّةِ ليلًا، وعَرَجٍ مُعوِّقٍ لها عنِ السَّيرِ مع القافلةِ، وتعثُّرِها تعثُّرًا غيرَ معتادٍ، وخشونةِ مشْيٍ يُخشَى معها السُّقوطُ، بخلافِ مُجرَّدِ الخُشونةِ، وغصْبِ العيْنِ، وإباقِ العَبدِ، ونُدودِ الدَّابَّةِ، وبرَصِ أجيرِ الخِدمةِ، أو جُذامِه، وظهورِ كونِ الأجيرِ كافرًا وقد استُؤجِرَ لقُربةٍ؛ كبناءِ مسجدٍ، وكتابةِ مصحفٍ، ونحْرِ أُضحيَّةٍ.

قال الرُّويانيُّ[2]: فإن فعَلَ شيئًا مِن ذلكَ قَبلَ العلْمِ استحَقَّ أجرةَ المِثْلِ لِما عمِلَ لا المُسمَّى، قال: ولو كانَتِ الإجارةُ في الذِّمَّةِ قيلَ للأجيرِ: إنْ أنبتَ فيها

---

(١) في (ج): «المؤجرة».

(٢) «بحر المذهب» (٧/ ١٧٤).

مُسلمًا سقَطَ خيارُ المُستأجِرِ، وإلَّا بقِيَ خيارُه، ولو كان المُستأجرُ له حجًّا لم يصِحَّ، ولا أجرةَ له إن فعَلَه، بخلافِ ما إذا استُؤجِرَ لبناءٍ ورَعْيٍ ونحْوهِما ممَّا لا يُتقرَّبُ به.

وفي صحَّةِ استئجارِ الكافرِ لكتابةِ المُصحفِ إذا توقَّفَتْ على المَسِّ كما اقتَضاه هذا الكلامُ شيءٌ لا يخْفَى فليُتأمَّلْ، بخلافِ المُستأجرِ إجارةَ ذمَّةٍ كأنْ سلَّمَه دابَّةً عمَّا في ذمَّتِه[1]، فلا تبطُل الإجارةُ بتلَفِها ولو بفعلِ المُستأجرِ، ولا يثبُتُ الخيارُ بتعييبها، وعلى المُؤجِّرِ إبدالُها، فإن امتنَعَ اكْترَى الحاكمُ عليه.

قال الأَذْرَعِيُّ[2]: وكأنَّه عندَ يسارِه دونَ إعسارِه فيتخيَّرُ المُستأجرُ، ولو أرادَ المُؤجِّرُ بعدَ تسليمِها عمَّا في الذِّمَّةِ إبدالَها بدونِ تلَفٍ أو عيبٍ لم يجُزْ إلَّا بإذْنِ المُستأجرِ.

(**وَلَا ضَمَانَ عَلَى الأَجِيرِ**) فيما استُؤجِرَ لحفْظِه أو العَملِ فيه؛ كالخبَّازِ، والرَّاعي، والخَياطِ، والصَّباغِ، سواءٌ أكانَ مُعيَّنًا أو مُلتزمًا في ذمَّتِه؛ لأنَّه أمينٌ إذا لم يأخُذِ العَينَ لغَرضِه خاصَّةً فأشبَهَ عامِلَ القِراضِ (**إلَّا بِعُدْوَانٍ**) ومنه التَّفريطُ، فيضمَنُ الحُرُّ بالدِّيةِ وغيرُه بأقْصَى قيمةٍ مِن وقْتِ التَّعدي إلى وقْتِ التَّلفِ، وذلكَ كأنْ أسْرَفَ في الإيقادِ للخُبزِ، أو ألصَقَه قبلَ وقْتِ الإلصاقِ، أو ترَكَه في التَّنُّورِ فوقَ العادةِ حتَّى احترَقَ، أو انخرَقَ الثَّوبُ بالدَّقِّ أو بحدَّةِ الصَّبغِ وحرارتِه، أو ضرَبَ الصَّبيَّ للتَّأديبِ أو التَّعليمِ فماتَ؛ لأنَّ ذلكَ ممكنٌ بغيرِ الضَّربِ، وكذا لو رَعَى الرَّاعي في مسبعةٍ أو موضعٍ مَخوفٍ، أو تَرَكَ واحدةً ولو نِسيانًا، أو وقعَتْ واحدةٌ في حُفرةٍ فترَكَها حتَّى هلكَتْ، وإن لم يشعُرْ بها كما ذكَرَ ذلكَ في «الأنوارِ»[3].

---

(١) في (هـ): «ذمته فتلفت».
(٢) «قوت المحتاج» (٣/ ٤٤٩).
(٣) «الأنوار لأعمال الأبرار» (٢/ ١٥٣).

بخـلافِ ما لـو ختَنَ، أو فصَـدَ حُرًّا أو عبدًا، أو شـرَطَ دابَّةً ولـم يُقصِّرْ وإن أفْضَى ذلكَ إلى المَوتِ؛ إذ لا تفريطَ.

أو غـابَ أجيرُ الطَّحنِ وترَكَ غلامَه فسـرقَ الطَّحينُ والغلامُ أمينٌ؛ إذِ العادةُ جاريةٌ بالاسـتنابَةِ في الإجارةِ بخلافِ الوَديعةِ، أو أشـرَفَتْ واحـدةٌ مِن البهائمِ التـي يرْعاهَا على المَـوتِ فلم يذْبَحْها حتَّـى ماتَتْ، فلو علِـمَ بالقرائنِ أنَّها لا تعِيشُ غالبًا جازَ له الذَّبحُ بلا ضمانٍ، ذكَرَه في «الأنوارِ»(١).

ولـو بعَثَ حِمـارًا مع طفلٍ إلى راعٍ فقال له الرَّاعي: «دعْهُ يرتعْ مع الدَّوابِ» ثُـمَّ سـاقَ الرَّاعي الدَّوابَ، فسـارَ الحمارُ معها وهلَكَ لم يضمَنْـه، وبأخذِه مِن الصَّبـيِّ لا يدخُلُ في ضمانِـه، ذكَرَه في «الأنوارِ»(٢)، وفيه أنَّـه لوِ اعتمَدَ صاحبُ الطَّاحونـةِ على رجُـلٍ في حفْظِ ما بها فلم يحفَظْه(٣) حتَّى سُـرِقَ الطَّحينُ ضمِنَ المالكُ ويرجِعُ على المُعتمدِ. انتَهَى.

ولا يخْفَى إشـكالُ رُجوعِهِ عليه بمُجرَّدِ الاعتمادِ عليه، إلَّا أن يُصوَّرَ بما إذا استودَعَه أو استأجَرَه للحفْظِ حيثُ ساغَ له ذلكَ فليُتأمَّلْ.

وأنَّه لو دفَعَ دابَّةً إلى آخَرَ ليحفَظَها مع الدَّوابِّ وله شريكٌ في الحفْظِ فغُصبَتِ الدَّابَّةُ مِن شـريكِه أو سُـرقَتْ لم يضمَنْ إن كان الشَّـريكُ أمينًا لا يُضيِّعُ، ولعلَّ مرادَه أنَّ المدفوعَ إليه أجيرٌ لا وديعٌ، وإلَّا أشـكَلَ بما سـبَقَ مِن امتناعِ الاستنابةِ على الوَديعِ.

ولوِ اختَلَفا في التَّعدِّي صُدِّقَ الأجيرُ بيمينِه في نفْيِه؛ لأنَّ الأصلَ عدمُه وبراءةُ

---

(١) «الأنوار» (٢/ ١٥٤).

(٢) «الأنوار» (٢/ ١٥٨).

(٣) في (هـ): «يحفظها».

ذمَّتِه(١)، نعَمْ إن أخبرَ عدلانِ خبيرانِ بأنَّ ما أتَى به تعدٍّ لم يُصدَّقْ وعُمِلَ بقولِهما، وكالأجيرِ فيما ذكَرَه المُصنِّفُ المُستأجرُ فلا يضمَنُ ما تلِفَ بلا تقصيرٍ ولو بعدَ فراغِ مدَّةِ الإجارةِ إن قُدِّرَتْ بمدَّةٍ، أو مدَّةِ إمكانِ العَملِ إن قُدِّرَتْ به؛ إذ لا يلزَمُ ردُّها حينئذٍ، بل بالتَّخليةِ بينَها وبينَ المالكِ إذا طلَبَها كالوديعةِ، حتَّى لو شـرَطَ ردَّها في(٢) العَقْدِ فسَدَ، فإن قصَّرَ ضمِنَ؛ كأنْ نامَ ليلًا فيما استأجَرَه للُبسٍ، أو نقَلَ فيه ترابًا، أو ألبَسَه مَن هو دونَه حرفةً كقصَّارٍ، أو أسكَنَ الدَّارَ أضَرَّ منه كحدَّادٍ أو قصارٍ، أو ضرَبَ الدَّابَّةَ أو كبَحَها باللِّجامِ، أو ساقَها فوقَ العادةِ، أو أركَبَها أثْقَلَ منه.

والقرارُ على الثَّاني إن علِمَ أو كانت يدُه يدَ ضمانٍ، وإلَّا فعَلى الأوَّلِ، بخلافِ ما لو ركِبَ أو ساقَ على العادةِ، وإن تقرَّح بهما ظهْرُ الدَّابَّةِ أو أركَبَها مثْلَه أو أخفَّ منه قال القاضي: وإن كان أعنفَ منه في الضَّربِ والسَّوقِ أي: المُعتاديْنِ، فإنْ تعدَّى كأنْ جاوَزَ بالضَّربِ العادةَ اختَصَّ بالضَّمانِ لتعدِّيه دونَ المُركِّبِ.

ولو حمَلَ القِدْرَ المُستأجرةَ بعدَ مُضيِّ المُدَّةِ على دابَّةٍ ليرُدَّها فانكسَرَتْ بتعثُّرِها، فإن كان لا يستقِلُّ بحمْلِها لم يضمَنْ، وكذا إن كان ممَّن لا يلِيقُ به حمْلُها أي: ولم يجِدْ حمَّالًا كما بحثَه الزَّرْكَشِيُّ، وإلَّا ضمِنَ لتقصيرِه.

ولو غُصِبَتِ العَينُ منه لم يضمَنْها، وإن ترَكَ السَّعيَ في ردِّها مع قدْرتِه عليه وإفادتِه، أو ترَكَ الانتفاعَ بها في وقْتِه فماتَتْ فيه لم يضمَنْها، أو تلِفَتْ فيه بسببٍ لو انتفَعَ بها فيه لم تتلَفْ به كانهدامِ سقْفٍ عليها ضمِنَ، بخلافِ ما لو تلَفَتْ بما لا يُعدُّ تقصيرًا فيه، كأنِ انهدَمَ عليها السَّقفُ في ليلٍ لم تجْرِ العادةُ باستعمالِها

---

(١) زاد في (هـ): «من الضمان». (٢) في (هـ): «بعد».

فيه، وبذلك عُلِمَ كما قال شيخُ مشايخِنا ومن تبِعَه أنَّ الضَّمانَ بذلكَ ضمانُ جنايةٍ لا ضمانُ يدٍ، وإلَّا لضمِنَ بتلَفِه بما لا يُعدُّ مقصِّرًا فيه، خلافًا لتَرجيحِ السُّبكيِّ ومَن تبِعَه أنَّه ضمانُ يدٍ.

قال النَّاشِريُّ: هل حُكمُ الأجيرِ حُكمُ المُستأجِرِ حتَّى لا يضمَنَ ولو بعدَ المُدَّةِ ولا يلزَمُه مؤنةُ الرَّدِّ أم يُخالِفُ حكمَ المُستأجِرِ؟

والجوابُ: أنَّه يبنى على الوجهيْنِ في أنَّه هل يجوزُ له حبْسُ العَينِ لأجلِ هذه الآثارِ أم لا؟ فإن قلْنا له ذلكَ أي: وهو الأصحُّ كان حكْمُه حكمُ المُستأجرِ، وإلا ضمن. انتهى.

ولو انفسختِ الإجارةُ بسببٍ فإن علم المُستأجرُ دونَ المالكِ ولم يعلَمْ به ضمِنَ العينَ ومنافعَها؛ لتقصيرِه بعدمِ إعلامِه، بخلافِ ما إذا أعلَمَه به، أو لم يُعلِمْه لعَدمِ علْمِه، أو كان هو عالمًا به؛ لأنَّه أمينٌ ولا تقصيرَ.

ولو أغلَقَ نحْوَ الدَّارِ المُستأجرةِ بعدَ المُدَّةِ مِن غيرِ انتفاعٍ بها مع حضورِه وعدمِ طلَبِ المالكِ مدَّةً لها أجرةٌ، فالوَجهُ الذي لا يتَّجِهُ غيرُه أنَّه لا أجرةَ عليه لأنَّه أمينٌ، والواجبُ عليه إنَّما هو التَّخليةُ بشرْطِ طلَبِ المالكِ ولا طلَبَ ولا زيادةَ للغَلقِ على ترْكِه إلَّا مصلحةَ المكانِ وصيانتَه، وذلكَ لا يقتَضِي الأجرةَ إن لم يقتَضِ عدَمها.

ولا يُنافِي ذلكَ قولَ البَغَوِيِّ: لوِ استأجَرَ حانوتًا شهرًا فأغلَقَ بابَه وغابَ شهريْنِ لزِمَه المُسمَّى للأوَّلِ وأجرةُ المِثْلِ للثَّاني، قال: وقد رأيتُ للشَّيخِ القَفَّالِ أنَّه لوِ استأجَرَ دابَّةً يومًا فبقيت عندَه بعْدَه ولم ينتفِعْ بها ولا حبَسَها عن مالكِها لا يلزَمُه أجرةُ اليومِ الثَّاني؛ لأنَّ الرَّدَّ ليس واجبًا عليه، وإنَّما عليه التَّخليةُ

إذا طلَبَ مالكُها، بخلافِ الحانوتِ؛ لأنَّه في حَبسِه وعُلقتِه، وتسليمُ الحانوتِ والدَّارِ لا يكونُ إلَّا بتسليمِ المفتاحِ. انتهَى.

وذلكَ لأنَّ ما ذكَرَه في الحانوتِ مفروضٌ بقرينةِ تَصويرِه، وتعليلُ ما نقَلَه عنِ القَفَّالِ فيما إذا غابَ؛ لأنَّ المالكَ حينئذٍ لا يتمكَّنُ بعدَ الشَّهرِ الأوَّلِ مِن تسليمِ العيْنِ، ولا يتأتَّى طلبُه فقَدْ منَعَه منها بغيبتِه على الوجْهِ المذكورِ، ولا كذلكَ الحاضرُ لتمكُّنِ المالكِ مِن التَّسليمِ والطَّلبِ منه، ومثْلُه فيما يظهَرُ الغائبُ إذا كان له وكيلٌ في التَّخليةِ يعلَمُ به المالكُ.

ثُمَّ رأيتُ جميعَ مَن أدركْناهم ببلدَتِنا يُفتُون بوُجوبِ الأُجرةِ ولا يلْوُون على غيرِه، ثُمَّ في بعضِ مُجاورتي بمكَّةَ المُشرَّفةِ اجتمَعتُ ببعضِ الفُضلاءِ مِن مشايخِنا، فتكلَّمْتُ معَه في هذه المسألةِ فتوقَّفَ، ثُمَّ بعدَ مراجعتِه كلامَ البَغَوِيِّ تكلَّمْتُ معَه فيها أيضًا، فصمَّمَ على وجوبِ الأُجرةِ، ثُمَّ رجَعَ وصمَّمَ على عدمِ الوجوبِ، وألحَقَه في «شرْحِه على المنهاجِ»(١) مع الاستدلالِ عليه مِن كلامِهم بما ينبَغِي استفادتُه، واللهُ أعلَمُ.



(١) ينظر: «تحفة المحتاج» (٦/ ١٧٨).

(فَصْلٌ)
فِي الجِعَالَةِ

وهي بتثليثِ الجيمِ كما قالـه ابنُ مالكٍ وغيرُه، واقتصَرَ الجَوهَريُّ[١] وغيرُه على كسْرِها، وهي كقولِه: «مَن ردَّ ضالَّتي فله كذا».

(**والجِعَالَـةُ جَائِـزَةٌ**)؛ لأنَّ الحاجَـةَ قد تدْعُو إليهـا كالمُضاربَـةِ (**وَهُوَ**) أي: الجِعالةُ وذكَرَها باعتبارِ خبَرِه، وهو قولُه: (**أَنْ يَشْـتَرِطَ**[٢]) مُطلقَ التَّصرُّفِ (**فِي رَدِّ ضَالَّتِهِ**) مثلًا أي: أن يلتزِمَ بسـببِ ردِّ ضالتِه، أو خِياطةِ ثوبِه، أو بناءِ جدارِه، أو تعليـمِ صبيِّه (**عِوَضًا**) متموَّلًا مقدورًا على تسـليمِه (**مَعْلُومًـا**) لهما بالرُّؤيةِ أو بالوصْفِ، ولو معيَّنًا كما نقَلَه الشَّـيخانِ[٣] عـنِ المُتولِّي وأقرَّاه، وجزَمَ به في «الأنوارِ»[٤]، وقال شيخُ مشايخِنا[٥]: إنَّه الأوْجَهُ، وإن قال الإِسْنَوِيُّ: إنَّه خلافُ الصَّحيـحِ فيمـا لو قال: «مَن ردَّه فلـه ثيابُه» ووصَفَها بما يفيـدُ العلْمَ لمَنْ يقومُ بذلـكَ معيَّنًا؛ كـ «إنْ ردَدْتَ ضالَّتي فلكَ كذا»، أو «رُدَّهـا ولكَ كذا»، أو لا؛ كـ «مَنْ ردَّ ضالَّتي فله كذا واحدًا أو أكثَرَ».

ثُمَّ إن كان معيَّنًا اشـتُرِطَ فيه كما في «الرَّوضَـةِ»[٦] و«أصْلِها»[٧] تبعًا للغَزاليِّ أهليَّـةُ العَملِ، فيدخُلُ فيـه العَبدُ وغيرُ المُكلَّفُ بإذْنٍ وغيرِه، كما قاله السُّـبكيُّ وغيرُه، خلافًا لابنِ الرِّفْعَةِ في العَبدِ بغيرِ إذْنٍ[٨]، ويخرُجُ عنه العاجزُ عنِ العَملِ؛ كصَغيرٍ لا يقدِرُ عليه، فالمُرادُ بأهليَّةِ العَملِ أهليَّةُ إمكانِه.

---

(١) «الصحاح» (٤/ ١٦٥٦).
(٢) في (ن)، (هـ): «يشرط».
(٣) «روضة الطالبين» (٥/ ٢٧٠).
(٤) «الأنوار لأعمال الأبرار» (٢/ ١٧٦).
(٥) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٤١).
(٦) «روضة الطالبين» (٥/ ٢٦٩).
(٧) «الشرح الكبير» (٦/ ١٩٨).
(٨) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٤٠)

وإن كان مُبهمًا كفى علمُه بالنِّداءِ، ولهذا قال المَاوَرْدِيُّ[1] هنا: لو قال: «مَن جاءَ بآبِقِي فله دينارٌ»، فمن جاءَ به استحَقَّ مِن رجلٍ، أو امرأةٍ، أو صبيٍّ، أو عبدٍ عاقلٍ، أو مجنونٍ إذا سمِعَ النِّداءَ، أو علِمَ به؛ لدخولِهم في عمومِ قولِه: «مَن جاءَ» أي: وإن لم يكُنْ فيهم أهليَّةُ إمكانِ العَملِ حينَ النِّداءِ حيثُ كانت فيهم حينَ العَملِ، وإن خالَفَ في السِّيرِ فقال: لا يستحِقُّ الصَّبيُّ ولا العبدُ إذا قامَ به بغيرِ إذْنِ سيِّدِه.

قلْتُ: وما تضمَّنَه هذا الكلامُ مِن استحقاقِ مَن عَملَ مجنونًا، معيَّنًا كان أو لا، مخالفٌ لِما قاله مِن انفساخِ الجِعالةِ بجنونِ العاملِ، إلَّا أن يلتزِمَ الفرْقَ بينَ الجُنونِ المُقارنِ والطَّارئِ فلا يضُرُّ الأوَّلُ ويضُرُّ الثَّاني، والظَّاهرُ أنَّ الانفساخَ بالجُنونِ مختَصٌّ بالعاملِ المُعيَّنِ لعدمِ ارتباطِ العَقْدِ بغيرِ المُعيَّنِ، فلو طرَأَ لأحدٍ جنونٌ بعدَ العَقْدِ ثُمَّ ردَّه بعدَ الإفاقةِ أو قبْلَها استحَقَّ؛ إذ لا مَعنى لانفساخِ العَقْدِ بجنونِه مع عدمِ ارتباطِه به، فليُتأمَّلْ.

فلا تصِحُّ بغيرِ شرطٍ حتَّى لو ردَّ الضَّالَّةَ بغيرِ إذْنِ المالكِ لم يستحِقَّ شيئًا، وإن كان معروفًا بردِّ الضَّوالِّ، وتدخُلُ في ضمانِه كما جزَمَ به المَاوَرْدِيُّ[2].

وقال الإمامُ: فيه الوجهانِ في الأخْذِ مِن الغاصِبِ بقصْدِ الرَّدِّ إلى المالكِ، والأصحُّ فيه الضَّمانُ، ولا يلزَمُ مِن جوازِ الرَّدِّ عدمُ الضَّمانِ[3].

ولقائلٍ أنْ يقولَ: قد فرَّقُوا في الأخْذِ مِن الغاصِبِ بينَ أنْ يكونَ مِن أهلِ الضَّمانِ فيضمَنُ الأخْذَ منه، وبينَ ألَّا يكونَ مِن أهلِ الضَّمانِ كالحَربيِّ وعبدِ المَغصوبِ منه، فلا يضمَنُ الأخْذَ منه؛ لأنَّه لو تلِفَ في يدِه فاتَ على المالكِ،

---

(١) «الحاوي الكبير» (٨/ ٣١). (٢) «الحاوي الكبير» (٨/ ٣١).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٣٩).

وقياسُ ذلكَ عدمُ الضَّمانِ هنا؛ لأنَّه لو تلِفَ قبلَ أخْذِه فلا ضَمانَ على أحدٍ، فيَفوتُ على المالكِ، واحتمالُ حصولِ المالكِ عليه كاحتمالِ حُصولِه عليه مِن يدِ الحَربيِّ ونحْوِه.

ثُمَّ رأيتُه في «الخادمِ» نازَعَ المَاوَرْدِيَّ في الضَّمانِ، والإمامَ في التَّخريجِ، وفرَّقَ بنحْوِ ما ذكَرْتُه، ورأيتُ صاحبَ «الجواهرِ» ذكَرَ ما قاله الإمامُ آخرَ البابِ، وقال قبلَ ذلكَ في دخولِ المَردودِ في ضَمانِ الرَّادِّ وجهانِ، أصحُّهُما: لا يدخُلُ، فليُتأمَّلْ.

ولا يُشترَطُ[1] مِن صَبيٍّ أو مجنونٍ أو مَحجورٍ عليه بسَفَهٍ، ولا بشرْطِ ما لا يصِحُّ كونُه عوضًا، لكن يستحِقُّ العاملُ أجرةَ المِثْلِ إن كان ممَّا يُقصَدُ؛ كخَمرٍ وخنزيرٍ، بخلافِ غيرِه كالدَّمِ، ولا بشرْطٍ مَجهولٍ؛ كـ «رُدَّ ضالَّتِي ولكَ ثوبٌ»، أو «على أنْ أُرضِيكَ أو أُعطِيكَ شيئًا»، لكن يستحِقُّ أجرةَ المِثْلِ، ولا يُشترَطُ قبولُ المَشروطِ له لفظًا، ولذا سكَتَ عنه المُصنِّفُ، بل لا يُتصوَّرُ في غيرِ المُعيَّنِ، وعلى ذلكَ قال القَموليُّ: لو قال لغيرِه: «إن ردَدْتَ عبدي فلكَ دينارٌ» فقال: «أردُّه بنصفِ دينارٍ» فالوَجهُ القَطعُ باستحقاقِ الدِّينارِ، وقد ينقَدِحُ فيه خلافٌ كما في الخُلعِ[2].

وقولُه في ردِّ ضالَّتِه باعتبارِ الواقعِ غالبًا، وإلَّا فضالَّةُ غيرِه كذلكَ، فلو قال: «مَن ردَّ ضالَّةَ فلانٍ فله كذا» استحَقَّه الرَّادُّ على القائلِ، ولو قال: «قال فلانٌ: مَن ردَّ عبدي فله كذا» فلا شيءَ للرَّادِّ على القائلِ، وأمَّا المالكُ فإن كذَّبَ القائلَ عليه فلا شيءَ عليه أيضًا، وإن صدَّقَ استحَقَّ عليه كما قاله البَغَويُّ، وكأنَّه كما

---

(١) في (ن): «بشرط».

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٣٩).

قال الشَّـيخانِ[1]: إذا كان المُخبِرُ ممَّن يُعتمَدُ قولُه، وإلَّا فكما لو ردَّهُ غيرَ عالمٍ بإذْنه؛ أي: إلَّا أن يعتقِدَ الرَّادُّ صدْقَه فيما يظهَرُ.

وفي ذكْـرِ[2] الضَّالَّةِ إشـارةٌ إلى جوازِ كوْنِ العَمـلِ مجهولًا، ولا خلافَ فيه، لكن محلَّه فيما يعسُـرُ ضبْطُه، أمَّا ما يسهُلُ ضبْطُه فيجِبُ، ففي بناءِ حائطٍ يذكُرُ موضعَه وطولَه وعرْضَه وارتفاعَه وما يُبنَى به، وفي الخياطةِ يُعتبَرُ وصْفُ الثَّوبِ والخِياطةِ، صرَّحَ بذلكَ القاضي وابنُ يُونسَ وابنُ الرِّفْعَةِ والسُّبكيُّ وغيرُهم[3]، لكـنْ في «الرَّوضَـةِ»[4] و«أصْلِهـا»[5] عن بعـضِ التَّصانيفِ أنَّـه إن كان العَملُ مَضبوطًـا فهو إجـارةٌ، وإلَّا فجِعالةٌ؛ أي: وقـد جَرَى عقْدٌ يصلُـحُ لكلٍّ منهما، وإلَّا فمَـعَ ضبْطِه قد لا يُتصـوَّرُ إلَّا الإجارةُ نحْوُ: «اسـتأجَرْتُكَ لكذا»، فيقولُ: «قبِلْـتُ»، أو الجِعالـةُ نحْـوُ: «إنْ فعَلْتَ لي كذا فلَكَ كـذا»؛ إذِ الإجارةُ لا تقبَلُ التَّعليقَ، وبما نقَلَاه صرَّحَ الإمامُ.

قال الزَّرْكَشِـيُّ: والظَّاهرُ أنَّ هذا مِن الإمـامِ تفريعٌ على اختيارِه أنَّ العَملَ في الجِعالةِ يُشتَرطُ أنْ يكونَ مجهولًا، لكنْ صحَّحَ الشَّيخانِ خلافَه[6]. انتهَى.

وحاصِلُه أنَّه يجوزُ أنْ يكونَ جِعالةً أيضًا، ولا يخْفَى إشكالُ ذلكَ؛ لأنَّ الغَرَضَ صلاحيةُ العَقْدِ لكلٍّ منهما كما تقرَّرَ، فحَمْلُه على إحداهما بخصوصِه ترجيحٌ بلا مُرجِّـحٍ، ووقْفُه إلى أن يصرِفَـاه إلى إحداهما لا نظيرَ له في العُقـودِ، اللَّهُمَّ إلَّا أن يُرادَ أنَّه يُحمَلُ على ما نَوياه به منهما، ويَبْقَى الكلامُ حالةَ الإطلاقِ، فليُتأمَّلْ.

---

(١) «الشرح الكبير» (٦/ ١٩٧)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٢٦٩).

(٢) في (هـ): «ذكر رد».

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٤٠).

(٤) «روضة الطالبين» (٥/ ٢٧٥).

(٥) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٠٤).

(٦) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٤٤).

(فَإِذَا رَدَّهَا) أي: الضَّالةَ إلى مالكِها، أو خاطَ الثَّوبَ، أو بنَىَ الجدارَ، أو علَّمَ الصَّبيَّ مَن عيَّنَه الشَّارطُ في نحوِ «رُدَّ ضالَّتي ولكَ كذا»، أو مَنْ علِمَ بشرْطِه بسماعِه منه أو بغيرِه[1] في نحوِ: «مَن رَدَّ ضالَّتي فله كذا» (اسْتَحَقَّ ذَلِكَ العِوَضَ المَشْرُوطَ) فلا يستحِقُّه بدونِ ذلكَ، كأنْ جاءَ بالآبقِ فماتَ على بابِ دارِ مالكِه، أو غُصِبَ منه أو هرَبَ، وكذا لو خاطَ نصْفَ الثَّوبِ واحترَقَ، أو بَنَى بعْضَ الجدارِ فانهدَمَ، كما ذكَرَه في «الرَّوضَةِ»[2] عنِ الأصحابِ.

ومحلُّه كما قال شيخُ مشايخِنا[3]: إذا لم يقَعِ العَملُ مُسلَّمًا، وإلَّا فله أجرةُ ما عمِلَ؛

* لقولِه فيها[4] كأصْلِها[5]: لو قال: «إن علَّمْتَ هذا الصَّبيَّ القرآنَ فلَكَ كذا» فعلَّمَه بعْضَه، ثُمَّ ماتَ الصَّبيُّ استحَقَ أجرةَ ما عمِلَه؛ لوقوعِه مُسلَّمًا بالتَّعليمِ، بخلافِ ردِّ الآبقِ.

* ولقولِ القَمُوليِّ: لو تلِفَ الثَّوبُ الذي خاطَ بعْضَه، أو الجِدارُ الذي بَنَى بعضَه بعدَ تسليمِه إلى المالكِ استحَقَّ أجرةَ ما عمِلَ[6]. أي: بقسْطِه مِن المُسمَّى.

وكذا بقَدرِ مثْلِه فيما قبْلَها؛ ليُوافِقَ قولَ ابنِ الصَّباغِ والمُتولِّي في مسألةِ القَموليِّ: استحَقَّ مِن المُسمَّى بقدْرِ ما عمِلَ، وقولَ الشَّيخيْنِ: لو قطَعَ العاملُ بعضَ المَسافةِ لردِّ الآبقِ ثُمَّ ماتَ المالكُ فردَّه إلى الوارثِ استحَقَّ من المُسمَّى بقدْرِ عملِه في الحياةِ.

(١) في (هـ): «غيره».
(٢) «روضة الطالبين» (٥/ ٢٧٤).
(٣) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٤٣).
(٤) «روضة الطالبين» (٥/ ٢٧٤).
(٥) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٠٣).
(٦) في (ج): «عمله».

وقولهما في الإجارةِ في موضعٍ: لو خاطَ بعضَ الثَّوبِ واحترقَ، وكان بحضرةِ المالكِ أو في ملْكِه، استحَقَّ أجرةَ ما عمِلَ بقسْطِه من المُسمَّى لوقوعِ العَملِ مُسلَّمًا.

وفي موضعٍ آخَرَ: لوِ اكترَاه لخِياطةِ ثوبٍ فخاطَ بعضَه واحترقَ، وقلْنا: ينفسِخُ العَقْدُ، فله أجرةُ مثْلِ عَملِه، وإلَّا فقِسْطُه مِن المُسمَّى، أو لحَمْلِ جرَّةٍ فزَلِقَ في الطَّريقِ فانكسَرَتْ؛ فلا شيءَ له.

والفَرقُ أنَّ الخِياطةَ تظهَرُ على الثَّوبِ فوقَعَ على العَملِ مُسلَّمًا بظهورِ أثَرِه، والحَمْلُ لا يظهَرُ أثرُه على الجَرَّةِ، وبما قالَاه عُلِمَ أنَّه يُعتبرُ في وجوبِ القِسْطِ في الإجارةِ وقوعُ العَملِ مُسلَّمًا وظهورُ أثرِه على المَحَلِّ، ومثْلُها الجِعالةِ. انتهى.

قلْتُ: ما تقدَّمَ في تعليمِ الصَّبيِّ محلُّه في الحُرِّ كما في «الكفايةِ»[1]، وارْتَضَاه غيرُه؛ لأنَّ العَملَ يقَعُ مُسلَّمًا، أمَّا لو كان عبدًا فلا بدَّ في استحقاقِ القِسْطِ مِن تسليمِه للسَّيِّدِ قبلَ موتِه، أو كونِ التَّعليمِ بحضْرَتِه أو في ملْكِه، وينبَغِي أنْ يكونَ القَولُ بالانفساخِ في مسألةِ الاكتِراءِ لخِياطةِ ثَوبٍ فخاطَ بعضَه واحترَقَ مبنيٌّ على أنَّ المُستوفى به لا يجوزُ إبدالُه (ومقابلُه مبنيٌّ على جوازِ إبدالِه)[2].

وقد اختلَفَ ترجيحُ الشَّيخيْنِ في ذلكَ، والعَملُ على الجَوازِ، وهو ما رجَّحَاه في «المُحرَّرِ» و«المنهاجِ»[3]، وتفريعُ القِسْطِ مِن المُسمَّى في هذه المسألةِ على القَولِ بعَدمِ الانفساخِ مُشكِلٌ مع الجَزمِ به في مسألةِ الجِدارِ وردِّ الآبِقِ قبلَها، فأيُّ فارقٍ بينَهما وبينَها، فالأوْجَهُ أن يُفرَّعَ فيهما على ذلكَ أيضًا.

---

(١) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١١/ ٣٢٦).

(٢) ليس في (هـ)، (ن).

(٣) «منهاج الطالبين» (ص ١٦٠).

وقد يُتوهَّمُ مِن قولِ الشَّيخيْنِ في الفَرْقِ السَّابقِ فوقَعَ العَملُ مُسلَّمًا بظُهورِ أثرِه أنَّ ظُهورَ الأثرِ كافٍ في وقوعِه مُسلَّمًا، وليس مرادًا، بدليلِ ما تقدَّمَ عنِ القَمُوليِّ مِن تقييدِ استحقاقِ الأُجرةِ في مسألةِ الثَّوبِ والجِدارِ بكونِ التَّلفِ بعدَ التَّسليمِ إلى المالكِ، وقولِهما في بابِ الإجارةِ فيما لو قصَّرَ الأَجيرُ أو صبَغَه ثُمَّ تلِفَ بعدَ القِصارةِ والصَّبغِ أنَّه إنِ انفرَدَ باليَدِ سقَطَتْ أُجرتُه، وإن عمِلَ في ملكِ المُستأجِرِ أو بحَضْرَتِه لم تسقُطْ؛ لأنَّ يدَ المُستأجِرِ عليه فوقَعَ العَملُ فيه مُسلَّمًا أوَّلًا فأوَّلًا، فيؤولُ قولُهما هنا على أنَّ المُرادَ أنَّ وقوعَ العَملِ مُسلَّمًا إلى المالكِ بإقباضِه أو كونِه بحضرَتِه إنَّما يُعتَدُّ به فيما يظهَرُ أثرُه على المَحلِّ.

أي: بأنْ يحصُلَ للمَحَلِّ منه وصْفٌ حقيقيٌّ، وإن لم يكُنْ محسوسًا كالخياطةِ والتَّعليمِ، بخلافِ ما لا يظهَرُ أثرُه عليه كما في مسألةِ الجَرَّةِ، فإنَّ حصولَها في ذلك المَحلِّ أثرٌ للعَملِ ووَصفٌ حصلَ لها بسببِه، لكنَّه اعتباريٌّ لا حقيقيٌّ فلا اعتدادَ به.

وقضيَّةُ ذلك عدمُ استحقاقِ القِسطِ في مسألةِ الجَرَّةِ، وإن كان كسْرُها بعدَ تسليمِها إلى المالكِ؛ لأنَّ مُجرَّدَ التَّسليمِ لا يكْفِي في استحقاقِ القِسْطِ، بل لا بدَّ معَه مِن ظُهورِ الأثرِ على المَحَلِّ كما تقدَّمَ ولم يُوجَدْ هنا، وإلَّا لم يصِحَّ الفَرقُ بينَ مسألةِ الجَرَّةِ وغيرِها كما لا يخْفَى.

ومِن هنا يُشكِلُ ما أفْتَى به شيخُنا الشِّهابُ الرَّمليُّ فيما لو كارَى على حمْلِ أمتعةٍ إلى مكَّةَ مثلًا في البَحرِ أو البَرِّ مِن أنَّها إن تلِفَتْ في أثناءِ الطَّريقِ بنحْوِ غرقٍ أو نهْبٍ لم يستحِقَّ الأجيرُ القِسْطَ؛ لعَدمِ وقوعِ العَملِ مُسلَّمًا، بخلافِ ما لو تلِفَ حاملُها دونَها كأنْ غرِقَتِ السَّفينةُ أو ماتَتِ الإبلُ الحاملُ وسُلِّمَتْ هي فيهما وتسلَّمَها المالكُ أو نائبُه في محَلِّ التَّلفِ، فيستحِقُّ القِسْطَ؛ لوقوعِ العَملِ مُسلَّمًا.

ووَجهُ إشكالِه أنَّه أوجَبَ القِسْطَ في الشِّقِّ الثَّاني بمُجرَّدِ وقوعِ العَملِ مُسلَّمًا مع أنَّه لا يكْفِي كما تقرَّرَ بل لابدَّ معَه مِن ظهورِ أثرِه على المَحَلِّ ولم يُوجَدْ كما تبيَّنَ، ولو صحَّ التزامُ وجودِه في هذه الحالةِ وجَبَ التزامُه أيضًا في الشِّقِّ الأوَّلِ فيما لو كان التَّلفُ بعدَ التَّسليمِ إلى المالكِ، وصريحُ كلامِهم بخلافِه كما تبيَّنَ في مسألةِ الجرَّة، اللَّهُمَّ إلَّا أن يُفرَّقَ بينَهما بأنَّ هذا الأثرَ لمَّا ضعُفَ بكونِه اعتباريًّا اعتُدَّ به عندَ سلامةِ العَينِ لتقوِّيهِ حينئذٍ لا مُطلقًا.

ويرِدُ عليه بعدَ الاحتياجِ في ذلكَ إلى سَندٍ مِن كلامِهم: أنَّه إن اعتُبِرتِ السَّلامةُ إلى تسليمِ المالكِ فهي موجودةٌ فيهما، أو لا إلى غايةٍ، أو إلى غايةٍ معيَّنة كوصولِ المَقصدِ فهي في غايةِ البُعدِ تحتاجُ إلى معنًى صحيحٍ يُعضِّدُه، ولا يخْفَى أنَّ قياسَ ما أفْتَى به أنَّه لوِ اكْتَرى دابَّةً للرُّكوبِ إلى موضعٍ فماتَتْ في أثناءِ الطَّريقِ وجَبَ القسْطُ؛ إذِ الرَّاكبُ هنا كالأمتعةِ فيما قاله، وظاهِرُ ما قالُوه في مسألةِ الجَرَّةِ عدمُ الوجوبِ، وأنَّ جميعَ ما تقرَّرَ في مسائلِ الإجارةِ يجْرِي نظيرُه في مسائلِ الجِعالةِ، فليُتأمَّلْ.

ولو اختارَ العاملُ ترْكَ العَملِ في أثنائِه كأنْ خاطَ نصْفَ الثَّوبِ أو بَنَى بعضَ الجدارِ، ثُمَّ ترَكَ الباقيَ لم يستحِقَّ شيئًا إلَّا أن يقَعَ مُسلَّمًا فيستحِقُّ أجرةَ ما عمِلَ بقسْطِه من المُسمَّى كما صرَّحَ بذلكَ شيخُ مشايخِنا[1].

ولكَ أن تتوقَّفَ في استحقاقِه حينئذ؛ لأنَّه امتنَعَ مِن العَملِ باختيارِه ولم يحصُلْ غرَضُ المُلتزمِ، وقد قالُوا فيما لو فسَخَ العاملُ في أثناءِ العَملِ لا بسببِ زيادةِ المالكِ في العَملِ أو نقْصِه مِن الجُعْلِ أنَّه لا يستحِقُّ شيئًا، وعلَّلُوه بأنَّه

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٤٢)

امتنَعَ باختيارِه ولم يحصُلْ غرضُ المُلتزمِ، وظاهرُه أنَّه لا فرْقَ فيه بينَ أن يقَعَ ما عمِلَه مُسلَّمًا أو لا، وبه صرَّحَ شيخُ مشايخِنا إلَّا أن يُفرَّقَ بينَ ما معَه رفْعُ العَقْدِ وما ليس معَه ذلكَ؛ لأنَّ الإعراضَ في الأوَّلِ أتمُّ، والمُنافاةُ فيه للمقصودِ أشدُّ، وقد يوجَّهُ بأنَّه هناكَ أَيِسَ مِن عملٍ يستندُ إلى العَقْدِ الموجبِ بخلافِه هنا، فإنَّ العَقْدَ باقٍ وهو بسبيلٍ مِن أن يعمَلَ لأجلِه، فليُتأمَّلْ.

وخرَجَ بإسنادِ الرَّدِّ إليه: ردُّ غيرِه، فلا يستحِقُّ به شيئًا، نعَمْ ردُّ عبدِه ومَنْ قصَدَ إعانتَه وكذا وكِيلُه فيما عجَزَ عنه أو لم يلِقْ به إن كان هو معيَّنًا ومُطلقًا إن لم يكُنْ معيَّنًا كردِّه، وظاهرُ كلامِهم أنَّه يستحِقُّ بعَملِ مَن قصَدَ إعانتَه وإن كان هو معيَّنًا لم يعجِزْ عن ذلك[1]، وقد لاقَ به، فيحتمِلُ أنْ يُفرَّقَ بينَ المُعينِ والوكِيلِ، ويحتَمَلُ أن يسوَّى بينَهما فيقيَّدُ بما إذا عجِزَ أو لم يلِقْ به[2].

والفرْقُ أظهَرُ إن كانت مسألةُ الإعانةِ مفروضةً فيما إذا شارَكَه في العَملِ ولم ينفرِدِ المُعيَّنُ، كما هو قضيَّةُ تعبيرِ «المنهاجِ»[3] وغيرِه فيها بالمُشاركةِ في العَملِ؛ لأنَّ الوكِيلَ ينفرِدُ باليدِ، بخلافِ المُعاونِ.

واستنبَطَ السُّبكيُّ في مسألةِ الإعانةِ المذكورةِ جوازَ الاستنابةِ في الإمامةِ ونحْوِها بشرطِ أن يستنِيبَ مثْلَه أو خيرًا منه، ويستحِقُّ كلَّ المَعلومِ. قال: وإنْ أفْتَى ابنُ عبدِ السَّلامِ والنَّوويُّ بخلافِه[4]. انتهَى.

ولكَ أن تُفرِّقَ بينَهما بأنَّ النَّائبَ ينفرِدُ بالعَملِ في مسألةِ الإمامةِ، ولا كذلكَ في مسألةِ الإعانةِ على ما تقدَّمَ.

---

(١) في (هـ): «ذلك العمل».
(٢) من (هـ).
(٣) «منهاج الطالبين (ص ١٧٩).
(٤) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٤١).

ولو قال: «أَوَّلُ مَن يرُدُّ آبقي فله دينارٌ» فردَّه اثنانِ؛ استحقَّا الدِّينارَ.

وقال السُّبكي: ولو قال: «أيُّ رجلٍ ردَّ عبدي فله دينارٌ» فردَّه اثنان قسطَ الدِّينارِ بينَهما على الأقربِ عندي.

ولو كان الآبقُ بينَ اثنيْنِ أثلاثًا فجَعَلَا لمَنْ ردَّه دينارًا بالسَّويةِ صحَّ، وليس تبرُّعًا على صاحبِ الثُّلُثينِ بسُدسِ الجُعلِ، ولو لم يُصرِّحَا بالسَّويةِ، قال القاضي: هل يستحِقُّ رادُّه الدِّينارَ على قدْرِ النَّصيبينِ أو بالسَّويةِ؟ يحتمِلُ وجهيْنِ أصحُّهما أوَّلُهما.

ولو قال أحدُ شريكيْنِ في عبدٍ: «مَن ردَّ عبدي فله دينارٌ» فردَّه شريكُه أو غيرُه استحَقَّ عليه جميعَ الدِّينارِ؛ لأنَّ إضافةَ العَبدِ إليه للتَّعريفِ والمُجاعلةِ على ملْكِه منه، ولو قال العبدُ: «عدْتُ بنفسي»، وقال العاملُ: «بل ردَدْتُك» صُدِّقَ المالكُ بيمينِه، ذكَرَه في «الأنوارِ»[1].

ولوِ اختَلَفا في سماعِ العاملِ النِّداءَ فالمُصدَّقُ العاملُ، ويدُ العاملِ على ما تقَعُ عليه يدُ أمانةٍ، فلو ترَكَ الدَّابَّة بعد وضْعِ يدِه عليها ضمِنَ، ومؤنةُ المَردودِ على المالكِ، فلو أنفَقَ العاملُ عليه بلا إذْنٍ مِن الحاكمِ، ولا إشهادٍ عندَ العجْزِ عنِ الحاكمِ، فهو متبرِّعٌ.



(١) «الأنوار لأعمال الأبرار» (٢/ ١٧٩).

(فَصْلٌ)
فِي الْمُزَارَعَةِ

وهي المُعاملةُ على الأرضِ ببعضِ ما يخرُجُ منها والبذْرُ مِن المالكِ.

(**وَإِذَا دَفَعَ**) أحدٌ (**إِلَى رَجُلٍ**) مثلًا (**أَرْضًا**) وبَذرًا له (**لِيَزْرَعَهَا**) به (**وَشَرَطَ لَهُ**) في مقابلةِ عملِه (**جُزْءًا مَعْلُومًا مِنْ رَيعِهَا**) وهو ما يخرُجُ مِن الزَّرعِ بأنْ عاقَدَه على ذلكَ (**لَمْ يَجُزْ**) ذلكَ العَقْدُ أي: يحرُمُ ولا يصِحُّ؛ لنهْيِه ﷺ عنها كما في مُسلمٍ[1].

وكالمُزارعةِ المُخابرةُ وهي هذه المُعاملةُ لكنِ البَذْرُ مِن العاملِ؛ وذلك للنَّهيِ عنها في الصَّحيحيْنِ[2]، فإن وقَعَتْ واحدةٌ منهما وعمِلَ العاملُ فالغلَّةُ لمَنْ له البَذْرُ، فإن كان للمالكِ كما في المُزارعةِ فللعاملِ عليه أجرةُ مثْلِ عملِه وأُجرةُ الآلاتِ كالبَقرِ إن كانت له، وإن لم يحصُلْ مِن الزَّرعِ شيءٌ؛ لأنَّه لم يعمَلْ مجَّانًا، وإن كان للعاملِ كما في المُخابرةِ فلمالكِ الأرضِ عليه أجرةُ مثْلِها، وإن كان لهما[3] فلكلٍّ منهما على الآخرِ أجرُ مثْلِ ما انصرَفَ مِن منافعِه إلى حصَّةِ صاحبِه.

فلو تسلَّمَ العاملُ الأرضَ ثُمَّ عطَّلَها فإنْ زارَعَه على أنَّ البَذْرَ مِن المالكِ فلا شيءَ على المُزارعِ لتعطيلِه، وإن شرَطَ على العاملِ فعليه أجرةُ مدَّةِ التَّعطيلِ، وإن شرَطَه عليهما لزِمَه نصْفُ أجرةِ الأرضِ، فإن عمِلَ بعضَ العَملِ كحَرْثِها ثُمَّ ردَّهَا على المالكِ لم يستحِقَّ بعمَلِه شيئًا إن شرَطَ البَذْرَ على العاملِ، فإن شرَطَه

---

(١) «صحيح مسلم» (١٥٤٩).

(٢) «صحيح البخاري» (٢٣٨١)، و«صحيح مسلم» (١٥٣٦).

(٣) في (هـ): «لكل منهما».

على المالكِ لزِمَه للعاملِ أجرةُ عملِه؛ أي: إن وقَعَ مُسلَّمًا فيما يظهَرُ؛ أخذًا ممَّا تقدَّمَ بيانُه في الجِعالةِ، وإن كان منهما وجَبَ له على المالكِ نصْفُ أجرةِ عملِه وعليه لصاحبِ الأرضِ كراءُ مثْلِ نصفِ الأرضِ في المُدَّةِ التي بقِيَتِ الأرضُ في يدِه، قاله ابنُ القاصِّ تخريجًا.

وما أفْتَى به النَّوويُّ فيمَنْ زارَعَ على أرضِه بجزءٍ مِن الغلَّةِ، فعطَّلَ العاملُ أكثَرَ الأرضِ: «مِن أنَّه إن كان قد تسلَّمَ الأرضَ مِن المالكِ فعَليهِ أجرةُ ما عطَّلَه منها» غلَّطَه التَّاجُ الفَزارِيُّ بما في «البحرِ» مِن أنَّه لا شيءَ عليه، وما تقرَّرَ مِن بُطلانِ كلٍّ مِن المُزارعةِ والمُخابرةِ هو المذهبُ.

واختارَ النَّوويُّ في «الرَّوضَةِ»[1] تبعًا لجمْعٍ مِن أكابرِ الأصحابِ جوازَهما، وحمَلَ أخبارَ النَّهيِ على ما إذا شرَطَ لأحدِهما زرْعَ قطعةٍ معيَّنةٍ وللآخَرِ أُخرى.

ومحَلُّ بُطلانِ المُزارعةِ إذا أُفرِدَتْ عنِ المُساقاةِ، فإن وقَعَتْ تبعًا لها ولو على زَرعٍ موجودٍ لم يبْدُ صلاحُه صحَّتْ، وعليه حمَلُوا معاملتَه[2] ﷺ أهلَ خيبَرَ بشَطْرِ ما يخرُجُ منها مِن ثَمرٍ أو زَرعٍ إن كانت على البياضِ المُتخلِّلِ بينَ شَجرِ المُساقاةِ واتَّحَدَ العَقْدُ والعاملُ بأنْ يكونَ عاملُ أحدِهما هو عاملُ الأُخرى، وإن تعدَّدَ وعسُرَ إفرادُ الشَّجرِ بالسَّقيِ والبياضِ بالمُزارعةِ.

وقد قُدِّمَتِ المُساقاةُ على المُزارعةِ بأن يقولَ: «ساقيْتُكَ وزارعْتُك»، فإن عكَسَ أو فصَلَ بينَهما لم يصِحَّ والمُعاملةُ تعمُّهما، فلو قال: «عامَلْتُك على هذا الشَّجرِ والبياضِ بالنِّصفِ أو بنصفِ الثَّمرةِ ورُبُعِ الزَّرعِ أو بالعكسِ» جازَ، ولو شرَطَ البقَرَ على العاملِ جازَ، وكأنَّ المالكَ اكترَاه وبقَرَه، ويُشترَطُ كما قال

(١) «روضة الطالبين» (٥/ ١٦٨).

(٢) رواه البخاري (٢٢٨٥)، ومسلم (١٥٥١) من حديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

الدَّارمـيُّ بيانُ مـا يزرعُه وإن لم يشْـتَرِطْ في إجارةِ الأرضِ للزِّراعـةِ؛ لأنَّهما هنا شريكانِ في الزَّرعِ[١].

(**وَإِنْ اكْتَـرَاهُ**[٢]) أي: اكترَى صاحبُ الأرضِ والبَـذْرِ رجلًا مثلًا ليزرَعَها به، سـواءٌ اكترَاه لذلـك مع آلاتِه كالبَقرِ بـأنْ جعَلَ الأُجرةَ في مقابلـةِ منفعتِه ومنفعةِ آلاتِه، أو بدونِها بأن أتَى بها المالكُ أو تبرَّعَ هو بها على المالكِ (**بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ**) أو نحْوِهما مِن كلِّ متموَّلٍ معلومٍ مقدورٍ على تسليمِه، معيَّنًا كان أو في الذِّمَّةِ.

(**أَوْ شَـرَطَ لَـهُ**) بـأن ذكرَ في عقـدِ الاكتراءِ على وجْـهِ العِوضِ لذلـكَ الرَّجلِ (**طَعَامًـا**) متموَّلًا (**مَعْلُومًـا**) مقدورًا بألَّا يجعَلَ مِن ذلكَ الزَّرع، سـواءٌ أكانَ مِن جنسِه أم مِن غيرِه، وسواءٌ أكان معيَّنًا أم (**فِي ذِمَّتِهِ جَازَ**) وفي بعضِ النُّسخ: «وإن أكْرَاه إيَّاها» أي: الأرضَ بذَهبٍ أو فضَّةٍ إلخ، وهو صحيحٌ في نفسِه إلَّا أنَّ مُقابلةَ صدْرِه لِما قبلَه لا تناسِبُ السِّياقَ كما لا يخْفَى.

وقد ذكَـرَ الأصحابُ صُورًا لاشـتراكِهما في الزَّرعِ على وجْهٍ مشـروعٍ بدونِ رجوعٍ لشيءٍ مِن أحدِ الجانبيْنِ منها والبذْرُ مِن المالكِ أن يستأجِرَ العاملَ بنصْفِه ليزرَعَ له نصْفَ الأرضِ ويُعيرَه نصْفَها، أو بنصْفِه ونصفِ منفعةِ[٣] تلكَ الأرضِ ليـزرَعَ لـه باقيه في باقيهـا، ومنها والبذْرُ مِـن العاملِ أن يسـتأجِرَ نصْفَ الأرضِ بنصْـفِ منافعِـه ومنافعِ آلتـهِ ونصْفِ البَـذْرِ، أو يسـتأجِرَه بنصْفِ البَـذْرِ ويتبرَّعَ بالعَملِ والمَنافعِ.



---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٠٢).

(٢) في «ك»: «أكراه».

(٣) من (هـ).

(فَصْلٌ)
فِي إِحْيَاءِ المَوَاتِ

والمَـواتُ: هـو الأرضُ التي لم تُعمَـرْ، أو عُمِرَتْ جاهليَّـةً؛ أي: ولم يُعلَمْ مالكُهـا ولا هي حريمٌ لمَعمورٍ، ولا يُشـتَرطُ في نفْيِ العِمارةِ التَّحقُّقُ، بل يكْفِي عدمُ تحققِها بألَّا يَرَى أثَرَها ولا دليلَ عليها مِن أصولِ شجرٍ ونهرٍ وجُدُرٍ وأثافٍ وأَوتادٍ ونحْوِها، لكنِ المُصنِّفُ أرادَ به الأرضَ مُطلقًا بدليلِ شرْطِه الثَّاني الآتي.

قال الجُورِيُّ: مواتُ الأرضِ صارَ مِلْكًا للشَّارعِ ثُمَّ ردَّه على أمَّتهِ[1].

أي: لخبَرِ الشَّـافعيِّ[2] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «**عَـادِيُّ الأَرْضِ للهِ وَلِرَسُـولِهِ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّي**» أي: أيُّهَا المُسلمونَ.

(**وَإِحْيَـاءُ المَـوَاتِ**) ولو مواتَ الحـرَمِ إلَّا مواقـفَ الحجِّ؛ كعَرفَـةَ، ومِنًى، وغيرِهما أي: الأرض بالعِمارةِ بالصِّفةِ الآتيةِ (**جَائِزٌ**) مفيدٌ لملْكِه بل يُستحَبُّ؛ لأخبارٍ كخبَرِ: «**مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَـتْ لِأَحَدٍ فَهُـوَ أَحَقُّ بِهَا**» رواه البُخاريُّ[3]، وخبَـرِ: «**مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِـرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**» رواه التِّرمذيُّ[4] وحسَّنَه، وخبَرِ: «**مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَلَهُ فِيهَا أَجْرٌ، وَمَا أَكَلَتِ العَوَافِي مِنْهَا فَهُوَ صَدَقَةٌ**» رواه النَّسائيُّ[5] وغيرُه، وصحَّحَه ابنُ حبَّانَ[6].

---

(١) ينظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٥/ ٤٠٨).

(٢) «مسند الشافعي» (ص٣٨٢) عن طاووس مرسلاً.

(٣) «صحيح البخاري» (٢٣٣٥) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(٤) «جامع الترمذي» (١٣٧٨) من حديث سعيد بن زيد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٥) «السنن الكبرى» للنسائي (٥٧٢٥) من حديث جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٦) «صحيح ابن حبان» (٥٢٠٢).

والعَوافي: طُلَّابُ الرِّزقِ.

وإنَّما يجوزُ إحياءُ مواتِ الإسلام (**بِشَرْطَيْنِ**):

أحدُهما: (**أَنْ يَكُونَ المُحْيِي مُسْلِمًا**) ولو غيرَ مكلَّفٍ، فليس لذِمِّيٍّ ذلكَ ولو بإذْنِ الإمامِ، بخلافِ الاصطيادِ والاحتطابِ والاحتشاشِ؛ لأنَّ ذلكَ يخلفُ ولا يتضرَّرُ به المُسلمون، فهو جائزٌ له كما يجوزُ له نقْلُ التُّرابِ مِن مواتِ دارِ الإسلامِ إذا لم يتضرَّرْ به المُسلمون، والمُستأمَنُ كالذِّمِّيِّ، والحَربيُّ ممَّنوعٌ مِن جميعِ ذلكَ، قال المُتولِّي: إلَّا أنَّه إذا أخَذَه ملَكَه[1].

(**وَ**) **الثَّاني**: (**أَنْ تَكُونَ الأَرْضُ**) وهي المَواتُ الذي أُريدَ إحياؤُهُ (**حُرَّةً**) أي: (**لَمْ يَجْرِ عَلَيْهَا**) يعني: لم يعلَمْ أنَّه جَرَى (**مِلْكٌ**) لأحدٍ ولوْ بالتَّبعيَّةِ لِما يملِكُه كحريمِه لا (**لِمُسْلِمٍ**) ولا لغيرِه إلَّا جاهليًّا لم يعرِفْ بأنْ عَلِمَ أنَّه لم يجْرِ عليها مِلكٌ، أو لم يعلَمْ أنَّه جَرَى عليها، أو علمَ أنَّه جَرَى عليها لجاهليٍّ مجهولٍ بألَّا تكونَ معمورةً في الحالِ وكانَتْ معمورةً مِن قَبْلِه ولم يُعرفْ مالكُها والعِمارةُ جاهليَّةٌ ولم يُعلَمْ كيفيَّةُ دخولِها في أيدِي المسلمين، وكذا لو شَكَّ في أنَّها لجاهليٍّ كذلكَ أو لغيرِه في أحدِ وجهيْنِ مَشَى عليه في «الأنوارِ»[2].

وقد يُنظَرُ فيه بأنَّ الأصلَ احترامُ العِمارةِ عنِ الإحياءِ ما لم يُعلَمِ المُسوِّغُ، بخلافِ ما لو عُلِمَ أنَّه جَرى عليها مِلكٌ لمُسلمٍ أو غيرِه وإن جُهِلا، أو لجاهليٍّ لم يُجهلْ بأنْ كانت معمورةً في الحالِ أو مِن قبلُ فقط وعُرِفَ مالكُها مُطلقًا، أو جُهِلَ والعِمارةُ إسلاميَّةٌ، فهي لمالكِها مِن مسلمٍ أو غيرِه أو وارثِه إن عُرِفَ.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٤٥).

(٢) «الأنوار لأعمال الأبرار» (٢/ ١٨٠-١٨١).

ولا تُملَّكُ بالإحياءِ إلَّا إن كان كافرًا وأعرَضَ عنها قبلَ القُدرةِ عليه، فتملَّكُ بـه كمـا قاله المَـاوَرْدِيُّ[١] وابنُ الرِّفْعَـةِ[٢]، ولا يُنافِي ذلكَ كـونَ الكلامِ في دارِ الإسـلامِ؛ لأنَّ الكافرَ ولـو حَربيًّا يُتصـوَّرُ ملْكُه فيها، وإلَّا فلهـا حكمُ الأموالِ الضَّائعةِ.

قال الإمامُ: والأمْرُ فيها إلى رأيِ الإمامِ، فإنْ رَأَى حفْظَها إلى أن يظهَرَ مالكُها فعَلَ، وإن رَأَى بيْعَها وحفْظَ ثمنِها فعَلَ، وله أن يستقرِضَه على بيتِ المالِ[٣].

وهـل لـه أن يُعطِيَها مَن يعمُرُهـا أي: على وجْهِ الارتفـاقِ دونَ المِلْك فيما يظهَـرُ؟ وجهانِ حكاهُمَـا المَاوَرْدِيُّ[٤]، ورجَّحَ الرُّويَانِـيُّ الجَوازَ، والظَّاهرُ أنَّه إذا ظهَـرَ المالكُ بعـدَ بيعِ الحاكمِ فبيْعُه ماضٍ وليس لـه إلَّا الثَّمنُ، فإن لم تُرْجَ معرفـةُ مالكِهـا فمَصرِفُها بيتُ المالِ، ويجرى ذلـكَ في كلِّ مالٍ ضائعٍ كما قاله الشَّيخُ عزُّ الدِّينِ في «القواعدِ»[٥]، وذكَرَ مثْلَه الإمامُ في بابِ قَسمِ الفَيءِ، فعُلِمَ أنَّ للمالِ الضَّائعِ حالانِ، وما لو جَرَى عليها ملْكٌ جاهليٌّ مجهولٌ لكن عُلِمَ كيفيَّةُ دُخولِها في أيدي المُسلمين.

قـال الإمامُ: فـإن حصَلَتْ بقتـالٍ فللغانميـنَ، وإلَّا ففَيءٌ وحصَّـةُ الغانمينَ تلتحِقُ بملْكِ المُسلمِ الذي لا يُعرَفُ. انتَهَى.

وبمـا تقرَّرَ عُلِمَ أنَّـه لو غرَّقَ الماءُ الأرضَ فصارَتْ بَحـرًا، أو ركِبَها رمْلٌ أو تـرابٌ بأيِّ لَونٍ كان فهـي على حُكْمِها، حتَّى لو زالَ المـاءُ والتُّرابُ عنها فهي لأربابِها، بل إن كان الرَّملُ أو التُّرابُ مُباحًا أو في محلِّ الأعراضِ صارَ لأربابِها

(١) «الحاوي الكبير» (٧/ ٤٧٧).
(٢) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١١/ ٣٨٠).
(٣) ينظر: «الشرح الكبير» (٦/ ٢٠٨).
(٤) «الحاوي الكبير» (٧/ ٤٧٨).
(٥) «قواعد الأحكام في مصالح الأنام» (٢/ ١٨٠).

تبعًـا لها، ولهم مطالبةُ أربـابِ الرَّملِ أو التُّرابِ بأخْذِه، وهـذا في غايةِ الظُّهورِ، وما ذكَرُوه في ذلكَ لا يُنافِيه.

أمَّا أرضُ دارِ الكفْرِ فإن كانت معمورةً في الحالِ فلا مدخلَ للإحياءِ فيها، بل هي كسائرِ أموالِهم، وإن لم تكُنْ معمورةً في الحالِ ولا مِن قبلُ فللكفَّارِ تملُّكُها بالإحياءِ، وكذا للمُسلمين إن كانوا لا يذبُّون المُسلمينَ عنها، فإن كانُوا يذبُّونَهم عنها لـم يملِكُوها بالإحياءِ ولا يملِكونَها بالاستيلاءِ مُطلقًا؛ لأنَّها غيرُ مملوكةٍ لهـم حتَّى تملَـكَ عليهم، نعَمْ يثبُـتُ لهم به اختصاصٌ كاختصـاصِ المُتحجِّرِ، فالغانمونَ أحقُّ بإحياءِ أربعةِ أخماسِـه وأهلُ الخُمسِ أحقُّ بإحياءِ خُمسِـه، فإنْ أعرَضَ الغانمونَ عن إحيائه فأهل الخُمسِ أحقُّ به، أو بعضُ الغانمينَ فالباقونَ أحقُّ بما يخصُّهم، أو الغانمونَ وأهلُ الخُمسِ جميعًا فللمُسلمينَ إحياءُ الجَميعِ.

وما ذُكِرَ في الشِّقِّ الثَّاني قال السُّبكيُّ: إنَّما يصِحُّ في الأرضِ التي صُولِحوا عليها على أنْ تكونَ لهم، وفي أرضِ الهُدنةِ، أمَّا دارُ الحَربِ فمَعمورُها يُملَكُ بالاستيلاءِ عليه ومواتُها يصيرُ بالاستيلاءِ عليه مُتحجِّرًا، فكيفَ لا يملَكُ بالإحياءِ؟!

ونازَعَـه بعضُهم بأن ما ذكَرَه بالاسـتيلاءِ علـى معمورِ دارِ الحَـربِ ومواتِها محمولٌ على اسـتيلاءٍ عَنوةً يصيـرُ به مِن بلادِ الإسـلامِ، وكلامُنا في أرضٍ بدارِ الحَربِ لم تصِرْ من بلادِ الإسلامِ، فلا يتَّجِهُ إعطاؤُها حُكمَها.

وظاهـرٌ أنَّ مرادَ السُّـبكيِّ بالإحياءِ مُجرَّدُ العِمارةِ من غيـرِ أنْ يكونَ معَها قوةٌ ومنعَـةٌ وقُـدرةٌ على منعِهـم مِن ذلكَ، فـإن كان معها ذلـكَ لم يتَّجِـهْ إلَّا المِلْكُ بالإحياءِ، وإن لم تكُنْ معمورةً في الحالِ وكانَتْ معمورةً مِن قبلُ فإن عُرِفَ مالكُها فكالمعمورةِ، وإلَّا فكنظيرِها في دارِ الإسلامِ، كذا في «الرَّوضَةِ»[1] و«أصْلِها»[2].

---

(١) «روضة الطالبين» (٥/ ٢٧٩). (٢) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٠٨).

وقضيَّةُ التَّفصيلِ بينَ كوْنِ المالكِ جاهليًّا فتُملَكُ بالإحياءِ، أو غيرَه فكالمالِ الضَّائعِ كما هو حكمُ ما بدارِ الإسلامِ، لكنِ الظَّاهرُ أنَّها في الشِّقِّ الأوَّلِ كالقسمِ الثَّاني المُتقدِّمِ فيملِكُها الكافرُ بالإحياءِ، وكذا المُسلمُ إن لم يكُنْ يذُبُّ عنها، وفي القسمِ الثَّاني كبقيَّةِ أموالِهم كما جزَمَ به شيخُ مشايخِنا[1] وغيرُه، فليُتأمَّلْ.

(**وَصِفَةُ الإِحْيَاءِ**) للمَواتِ المُملَّكِ له (مَا) أي: فعلَ (**كَانَ فِي العَادَةِ**) بأن يُعدَّ فيها (**عِمَارَةً للمُحْيَا**) بفتحِ الياءِ مِن حيثُ ما قصَدَ بإحيائِه، فإن قصَدَ مَسكنًا اشتُرِطَ تحويطُه بنحْوِ آجُرٍّ ولَبِنٍ أو طِينٍ أو قَصبٍ أو خَشبٍ بحسبِ العادةِ، وسقفَ بعضِه ونصبَ بابٍ أو زَريبةٍ اشتُرِطَ تحويطٌ، وتعليقَ بابٍ لا تسقيفَ، أو مزرعةً اشتُرِطَ جمْعُ التُّرابِ أو نحوِه حوْلَها، أو تهيئتُها للزِّراعةِ بتسويةِ الأرضِ بِطَمِّ المُنخفضِ وكَسْحِ المُستعلي وحِراثتِها وتليينِ ترابِها، فإن لم يتيسَّر ذلكَ إلَّا بماءٍ يُساقُ فلا بدَّ منه، وترتيبَ ماءٍ لها بشقِّ ساقيةٍ من نحوِ نهرٍ أو بئرٍ أو قناةٍ، ولا يُشترَطُ إجراؤُه كما في «الرَّوضةِ»[2] و«أصْلِها»[3]، ولا حفْرُ طريقِه كما صحَّحَه[4] في «الشَّرحِ الصَّغيرِ»، ولا زراعتُها؛ لأنَّها استيفاءُ[5] منفعتِها وهو خارجٌ عن حَدِّ الإحياءِ.

وما تقرَّرَ مِن أنَّ صفةَ الإحياءِ مختلفةٌ باعتبارِ ما يقصِدُه المُحيي ممَّا اتَّفقَ عليه طُرقُ الأصحابِ كما قاله الشَّيخانِ[6]، وزادَ الإمامُ شيئيْنِ:

أحدُهما: أنَّ القصْدَ إلى الإحياءِ هل يُعتبَرُ لحصولِ المِلْكِ؟ فقال: ما لا يفعَلُه في العادةِ إلَّا للتَّملُّكِ كبناءِ الدَّارِ واتِّخاذِ البُستانِ يفيد المِلْكَ وإن لم يوجَدْ

---

(١) «الغرر البهية» (٣/ ٣٥٢).
(٢) «روضة الطالبين» (٥/ ٢٩٠).
(٣) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٤٤).
(٤) في (ج): «شرحه».
(٥) في (هـ): «الاستيفاء».
(٦) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٤٦)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٢٩١).

قصـدٌ، وما يفعَلُـه المُتملِّكُ وغيرُه كحفـرِ البئرِ في المَـواتِ وكزراعةِ قطعةٍ مِن المَواتِ اعتمادًا على ماءِ السَّـماءِ إنِ انضَمَّ إليه قصدٌ أفادَ المِلْكَ، وإلَّا فوجهانِ أي: أصحُّهما أنَّه لا يفيدُه.

ومـا لا يكتَفِي به المُتملِّكُ كتسـويةِ موضعِ النُّزولِ وتنقيتِـه عنِ الحجارةِ لا يفيدُ المِلْكَ وإن قصَدَه.

وثانيهُمـا: إذا قصَـدَ نوعًا وأَتَى بما يُقصَـدُ به نوعٌ آخر أفـادَ المِلْكَ حتَّى إذا حوطَ البقعةَ ملَكَها، وإن قصَدَ المَسكنَ؛ لأنَّه ممَّا يملكُ به الزَّريبةَ لو قصَدَها.

قـال في «الرَّوضَةِ»[1]: قال الإمامُ الرَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أمَّا الكلامُ الأوَّلُ فمقبولٌ لا يلـزَمُ منـه مخالفـةُ الأصحابِ، بـل إن قصَدَ شـيئًا اعتبرنـا في كلِّ مقصودٍ ما فصَّلُوه، وإلَّا نظَرْنا فيما أَتَى به وحكَمْنا بما ذكَرَه، وأمَّا الثَّاني فمُخالِفٌ لِما ذكَرَه الأصحابُ؛ لِما فيه مِن الاكتفاءِ بأدْنَى العِماراتِ أبدًا. انتهَى.

(**وَيَجِبُ بَذْلُ المَاءِ**) على مُسـتحِقِّه بملْكٍ؛ كأنْ حفَرَ بئرًا في مواتٍ للتَّملُّكِ، أو في ملْكِـه، أو انفجَرَ فيه عينٌ، أو اختصـاصٍ؛ كأنْ حفَرَها في مواتٍ للارتفاقِ بها لغيرِه إذا طلَبَ بذْلَه.

(**بِثَلاثَةِ شَرَائِطَ**):

أحدُها: (**أَنْ يَفْضُلَ**) ما طُلِبَ بذْلُه منه (**عَنْ حاجَتِهِ**) لنفسِه وبهيمتِه المُحترَمةِ وزرْعِه.

(**وَ**) **الثَّـاني**: (**أَنْ يَحْتَـاجَ إِلَيه**) أي: إلى ما طُلِبَ بذْلُـه (**غَيْرُه**) وهو الطَّالبُ له بألَّا يجِدَ ماءً آخَرَ يسُـوغُ له اسـتعمالُه وإن كان مقيمًا هناكَ (**لِنَفْسِهِ، أَوْ لِبَهِيمَتِهِ**)

---

(١) «روضة الطالبين» (٥/ ٢٩١).

المُحتَرمَـةِ إن كان هناكَ كلأٌ مباحٌ يرعَى، أو لهما، وقد تصدُقُ به العبارةُ بجَعلِ «أو» لمنْعِ الخُلوِّ لا لزرْعِه.

(وَ) الثَّالثُ: (أَنْ يَكُونَ) ما طُلِبَ بذْلُه (مِمَّا) أي: مِن الماءِ الذي (يُسْتَخْلَفُ) أي: يُخلفُ ما أُخِذَ منه غيرُه، واحتُرزَ به عنِ الحاصلِ مِن نحْوِ مَطرٍ في نحْوِ بِرْكةٍ أو حَوضٍ، فلا يجِب بذْلُه.

وقولُـه: (فِـي بِئْرٍ أَوْ عَيْنٍ) أي: سـواءٌ كانـت مملوكةً أو مختصَّـةً كما تقدَّمَ بخـلافِ غيرهمـا؛ كالمَحفورةِ في المَـواتِ بقصْدِ ارتفاقِ المـارَّةِ أو بلا قصدٍ، فماؤُهُ مشتَركٌ بينَهم والحافرُ كأحدِهم.

قـال الإمامُ: لو قصَـدَ بالحَفرِ أن يختَصَّ بالماءِ بقـدْرِ حاجتِه احتمَلَ إلحاقُه بقصْدِ الاختصاصِ، واحتمل ألَّا يلحَقَ الفَضلُ بالماءِ العَدِّ خبرٌ ثانٍ، أو بدلٌ مِن الخبَرِ، أو حالٌ مِن المَجرورِ، أو ضَميرِ الفعلِ فيه.

واحتُـرزَ به عنِ المُحرزِ ممَّا يُسـتخلَفُ في إناءٍ ونحْوِه فـلا يجِبُ بذْلُه، وعنِ الجَداولِ والأنهارِ المَملوكةِ، وإن جازَ الشُّربُ والوضوءُ وسقيُ الدَّوابِّ منهما إذا لـم يضُرَّ السَّـقيُ بمالكيهما إقامةً للإذْنِ العُرفِيِّ مقـامَ اللَّفظي، كما قاله ابنُ عبدُ السَّلامِ، قال: فإنْ كان الماءُ قليلًا والإبلُ كثيرةً لم تجْزِ الزِّيادةُ على المُعتادِ.

وهـل مرادُه المَملوكُ ماؤُها لأنَّ المُباحَ كالدَّاخـلِ إليها مِن الوادي لا يفتقِرُ الشُّـربُ منه والسَّـقيُ إذا لم يضُرَّ بالمالكِ ولم يتضمَّنِ اسـتعمالًا لنفْسِ النَّهرِ والقَناةِ إلى إذْنٍ لا لفظِيٍّ ولا عُرفِيٍّ لبقائِه على الإباحةِ؟

قـال في «الرَّوضَـةِ»[1] كأصْلِهـا[2]: ويُعتبَـرُ في الفاضلِ الذي يجِـبُ بذْلُه أن

(١) «روضة الطالبين» (٥/ ٣٠٩). (٢) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٣٩).

يفضُلَ عن نفسِه وماشيتِه وزرْعِه، زادَ في «الرَّوضَةِ»[1]: المُرادُ الفاضلُ الذي يجِبُ بذْلُه لماشيةِ غيْرِه، أمَّا الواجبُ بذْلُه لعَطَشِ آدميٍّ مُحترَمٍ، فلا يُشترطُ فيه أن يفضُلَ عنِ المزارعِ والماشيةِ. انتَهَى.

قال الزَّرْكَشِيُّ: ولا وجْهَ لتخصيصِه بالآدميِّ، بل كلُّ حيوانٍ مُحترَمٍ ينبَغِي أنْ يكونَ كذلكَ؛ لحُرمةِ الرُّوحِ، وتعليلُ الأصحابِ صريحٌ فيه. انتَهَى.

وفيه نظرٌ؛ لأنَّ اشتراطَهم في وجوبِ البَذْلِ لماشيةِ غيرِه الفضْلَ عن ماشيتِه وزَرعِه صريحٌ في خلافِ ما قاله، نعَمْ إن خشِيَ هلاكَ ماشيةٍ أُخرى[2] لو قدَّم زرْعَه لم يبعُدْ ما قاله؛ فليُتأمَّلْ.

ولو لم يكُنْ له زرعٌ وأرادَ أن يزرَعَ بعدَ حضورِ ماشيةِ غيرِه ليصرِفَ فاضِلَ الماءِ إليه قال الإمامُ: يظهَرُ المَنعُ مِن الصَّرفِ إلى الزَّرعِ، وإذا وجَبَ البَذْلُ فالمُراد به التَّخليةُ لا الاستقاءُ[3] وإعارةُ آلتِه كالدَّلوِ والحَبْلِ.

قال المَاوَرْدِيُّ[4]: وعليه تمكينُ الماشيةِ مِن حضورِ البئرِ إن لم يكُنْ عليه ضررٌ في زَرعٍ أو ماشيةٍ، وإلَّا فلا، لكن يجوزُ للرِّعاءِ استقاءُ فضْلِ الماءِ لها.

ولا يجوزُ بيعُ ما وجبَ بذلُه؛ للنَّهيِ[5] عن بيعِ فَضلِ الماءِ، ولا طَمُّ بئرِه وإن ملَكَها؛ لتعلُّقِ حقوقِ المارَّةِ والبهائمِ بفضْلِها، فلوِ انطمَّتْ بغيرِ فعْلِه لم يلزَمْه تنظيفُها.

ولا يخفَى أنَّ عدَمَ جوازِ البيعِ شاملٌ لِما إذا وصلَتْ ماشيةُ غيرِه إلى حدِّ الضَّرورةِ، بل إذا لم يجُزْ فيما إذا لم تصِلْ إليه، ففيما إذا وصَلَتْ بالأَولى؛

---
(١) «روضة الطالبين» (٥/ ٣٠٩).
(٢) في (هـ): «غيره».
(٣) في (ج): «الاستسقاء».
(٤) «الحاوي الكبير» (٧/ ٥٠٧).
(٥) رواه مسلم (١٥٦٥) من حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

لتأكُّدِ الحاجةِ، وشُمولِ النَّهيِ لهما.

فقولُ الزَّرْكَشِيِّ: ومحَلُّ الخلافِ أي: في وجوبِ بذْلِ الفاضلِ عن ماشيتِه وزرعِه لماشيةِ غيرِه إذا لم تصِلْ إلى حدِّ الضَّرورةِ، ولكن كان منْعُها مِن الماءِ يُحوجُها إلى الانتقالِ إلى موضعٍ آخَرَ، فإن أشرَفَتْ على الهَلاكِ وجَبَ سقْيُها فضْلَ مائِه بالقيمةِ بلا خلافٍ. انتَهى.

فيه نظرٌ؛ إذْ لا وَجهَ لوجوبِ القيمةِ مع إطلاقِهم عدمَ جوازِ البيعِ وشمولَ النَّهيِ وأولويَّةَ حالِ الضَّرورةِ كما تقرَّرَ، وقد فرَّقُوا بينَ عدمِ جوازِ بيعِ الماءِ هنا وجوازِ بيعِ الطَّعامِ للمُضطَرِّ بثبوتِ النَّهيِ[1] عن بيعِ فضْلِ الماءِ.

قال في «الرَّوضَةِ»[2]: قال المَاوَرْدِيُّ: لو كان هناكَ ماءانِ مملوكانِ لرجلَيْنِ لزِمَهما البذْلُ، فإنِ اكتَفَتِ الماشيةُ ببذْلِ أحدِهما سقَطَ الفَرضُ عنِ الآخَرِ.

قال: وإذا لم توجَدْ شروطُ وجوبِ البذْلِ جازَ لمالكِهِ أخْذُ ثمَنِه إذا باعَه مُقدَّرًا بكَيلٍ أو وزنٍ ولا يجوزُ بيعُه مقدَّرًا بريِّ الماشيةِ ولا الزَّرعِ. انتَهى.

وظاهرٌ أنَّ تقييدَ الماءيْنِ بالمملوكينِ مثالٌ كما عُلِمَ ممَّا تقدَّمَ.

ولو طلبَ مِن أحدِهما بعَيْنِه فهل يتعيَّنُ عليه لئلَّا يؤدِّيَ إلى التَّواكلِ أو يجِبُ عليه ما يخصُّه فقَطْ؟ فيه نظرٌ، ولعلَّ الثَّانِيَ أقرَبُ إن علِمَ أنَّ صاحبَه لا يمتنِعُ ولم يلزَمْ تأخيرُ مُضِرٌّ، وإلَّا فالأوَّلُ.

واحتَرزَ المُصنِّفُ ببذْلِ الماءِ عن بذْلِ الدَّلوِ والرِّشا والبكرةِ والكلأ وإن فضَلَ عن حاجتِه، وفرَّقُوا بينَه وبينَ الماءِ بأنَّ الكلأَ لا يُستخلَفُ في الحالِ ويتموَّلُ عادةً ويطولُ زمَنُ رعْيِه، فيطولُ المُكثُ في أرضِه، بخلافِ الماءِ فيها.

---

(١) رواه مسلم (١٥٦٥) من حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٢) «روضة الطالبين» (٥/ ٣١٠).

ولو أحْيَى مواتًا به كلأٌ أو شجَرٌ ملَكَ الأرضَ، وفي ملكِ الشَّجرِ والكلأِ أوجهٌ:

أحدُها وهو ما في «التَّنبيهِ»[1]: يملِكُهما.

والثَّاني: لا.

والثَّالث وهو للمَاوَرْدِيِّ[2]: أنَّه ينظُرُ فيما أُرصِدَتْ له تلكَ الأرضُ، فإن أُرصِدَتْ لينبُتَ ذلكَ فيها ملَكَهما، وإن أُرصِدَتْ لغيرِ ذلكَ مِن زَرعٍ أو غيرِه لم يملكْهُما.

وينبَغِي أنْ يكونَ الأوْجَهُ الأوَّلَ.

فرعٌ: قال في «الرَّوضَةِ»[3] عن صاحبِ «العُدَّةِ»: لو أضرمَ نارًا في حَطبٍ مُباحٍ في الصَّحراءِ لم يكُنْ له منعُ مَن ينتفعُ بتلك النَّارِ، فلو جمَعَ الحَطَبَ ملَكَه، فإذا أضْرَمَ فيه النَّارَ فله منْعُ غيرِه منها أي: مِن الأخْذِ منها ونحوِه، أمَّا الاصطلاءُ أو الاستصباحُ بها أو منها فلا منْعَ منه.



(١) «التنبيه في الفقه الشافعي» (ص ١٣٠).
(٢) «الحاوي الكبير» (٧/ ٤٨٧).
(٣) «روضة الطالبين» (٥/ ٣١٣).

(فَصْلٌ)
في الوَقْفِ

وهو لغةً: الحَبْسُ، وشـرعًا: حبْسُ مالٍ يُمكِـنُ الانتفاعُ به مع بقاءِ عيْنِه بقَطعِ التَّصرُّفِ في رقبتِه على مَصرفٍ مُباحٍ.

(**وَالوَقْـفُ جَائِزٌ**) بل هو قربةٌ مندوبٌ إليها، والأصْلُ فيه خبَرُ مسـلمٍ[1]: «**إِذَا مَـاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: صَدَقَـةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ**».

والصدقَةُ الجاريةُ محمولةٌ عندَ العلماءِ على الوقْفِ كما قاله الرَّافعيُّ، والولَدُ الصَّالحُ يحتمِلُ أنَّ المُرادَ به المُسلمُ.

وإنَّما يجوزُ الوقْفُ (**بِثَلَاثَةِ شَرَائِطَ**):

أحدُهـا: (**أَنْ يَكُونَ**) أي: الوقْـفُ بمَعْنى الموقوفِ (**مِمَّا يُمْكِـنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ**) الانتفاعَ المُستحَقَّ بالوقْفِ ولو مآلًا، باستيفاءِ عيْنٍ منه؛ كثمرَةٍ، ولَبنٍ، وصوفٍ، أو منفعةٍ يستأجرُ لها غالبًا؛ كسُكْنى، ورُكوبٍ.

(**مَـعَ بَقَـاءِ عَيْنِهِ**) ولو منقولًا؛ كعبـدٍ ولو صغيرًا، وزمِنٍ يُرجَـى زوالُ زمانتِه، وجَحشٍ ولو صغيرًا، وشاةٍ، وشجرةٍ، ومِسكٍ، وعَنبَرٍ.

بخلافِ ما لا يُمكِنُ الانتفاعُ به مُطلقًا؛ كزمِنٍ لا يُرجَى زوالُ زَمانتِه، وفيه نظرٌ إذا أمكَنَ الانتفاعُ به بنحْوِ حِراسةٍ وخِياطةٍ، ولهذا صحَّ استئجارُه لذلكَ.

وما لا يُمكِنُ الانتفاعُ به إلَّا باسـتهلاكِه؛ كالمَطعـومِ، والمَنافعِ، وما لا يصِحُّ استئجارُه ككلبِ الصَّيدِ أو غيرِه وكالدَّراهمِ والدَّنانيرِ.

---

(١) «صحيح مسلم» (١٦٣١).

قال الشَّيخانِ: وحَكَى الإمامُ أنَّهم ألحَقُوا وقْفَهما ليُصاغَ منها الحُليُّ بوقْفِ العبْدِ الصَّغيرِ، وتردَّدَ هو فيه[1].

وما يُستأجَرُ نادرًا كالرَّياحينِ؛ لسرعةِ فسادِها.

وقضيَّتُه: أنَّ محلَّهُ في المَحصودةِ، وأنَّه يصِحُّ في المَزروعَةِ، وهو ما بحَثَه النَّوويُّ في «شرحِ الوسيطِ» فقال: الظَّاهرُ الصِّحَّةُ في المَزروعةِ[2].

وقد يصِحُّ حيثُ لا يصِحُّ الاستئجارُ؛ كوقْفِ الفَحْلِ للضِّرابِ، وشمَلَتْ عبارتُه المَشاعَ فيصِحُّ وقْفُه ولو مسجدًا، كما صرَّحَ به ابنُ الصَّلاحِ وقال: يحرُمُ المُكْثُ فيه تغليبًا للمَنعِ.

وتجِبُ القسمةُ لتعيُّنِها طريقًا، قال السُّبكيُّ: القَولُ بوجوبِها مخالفٌ للمَذهبِ المَعروفِ إلَّا أنْ يكونَ فيه نقلٌ صريحٌ بخصوصِه[3].

وينبَغِي حمْلُ الوجوبِ على ما إذا كانَتِ القِسمةُ إفرازًا؛ إذ لا مَحذورَ، والمَنعُ على ما إذا كانت بيعًا، وأفْتَى البارِزيُّ بجوازِ المُكثِ فيه ما لم يُقسَمْ، وبحَثَ بعضُهم عدمَ صحَّةِ الاعتكافِ قبلَ القِسمةِ، وقياسُه عدمُ انعقادِ التَّحيَّةِ فيه بجامعِ توقُّفِ كلٍّ منهما على المَسجدِ، وقد يُفرَّقُ بينَهما بأنَّ في الإخلالِ بها انتهاكًا لحُرمتِه كما حرُمَ المُكثُ فيه؛ لأنَّ فيه انتهاكًا لها.

وظاهرٌ أنَّه يمتنِعُ الاقتداءُ فيه قبْلَها مع نحْوِ التَّباعدِ بأكثَرَ مِن ثلاثِ مئةِ ذراعٍ تقريبًا لعَدمِ تمحُّضِ الفاضلِ مسجدًا، وشمِلَتِ المُؤجَّرَ أيضًا، فيصِحُّ وقْفُه كما صرَّحوا به، وهو شاملٌ لوقْفِه مسجدًا، وحينئذٍ يمتنِعُ التَّعبُّدُ فيه بنحْوِ

---

(١) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٥٣)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٣١٥).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٥٨).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٥٧).

صلاةٍ واعتكافٍ بغيرِ إذْنِ المُستأجرِ، ويحرُمُ المُكثُ فيه، ويُكرَهُ نشْدُ الضَّالةِ فيه، ويصِحُّ فيه الاعتكافُ والتَّحيَّةُ، ويصِحُّ الاقتداءُ مع التَّباعدِ وإن لم يأذَنِ المُستأجرُ، واستحقاقُه المَنفعةَ لا يمنَعُ مِن ذلك، ويمتنِعُ فيه أيضًا ما يمتنِعُ في المَسجدِ كوضْعِ النَّجاساتِ.

قال بعضُهم: ويلزَمُ مِن تحريمِ المُكثِ على الجُنُبِ والحائضِ تمكينُ المُستأجرِ مِن الفَسْخِ.

وفيه نظرٌ، ولعلَّ الأوْجَهَ أنَّه إن كان الاستئجارُ لِما يمتنِعُ في المسجدِ ثبَتَ له الخيارُ، وإلَّا فلا.

ولا بدَّ مِن كونِ المَوقوفِ معيَّنًا يقبَلُ النَّقلَ، مملوكًا للواقفِ، فلا يصِحُّ وقْفُ أحدِ العَبديْنِ، ولا ما في الذِّمَّةِ، ولا وقْفُ نحْوِ أمِّ الولدِ والمُكاتبِ، بخلافِ المُدبَّرِ ومعلَّقِ العِتقِ بصفةٍ، لكن لو وُجِدَتِ الصِّفةُ عتقَا وبطَلَ الوقْفُ كما قاله الشَّيخانِ[1] تبعًا للبَغوِيِّ وإن خالَفَ كثيرونَ.

ولا غيرُ مملوكٍ، نعَمْ يصِحُّ وقْفُ الإمامِ ولو على أولادِه مِن بيتِ المالِ، لكن بشرْطِ مراعاةِ المُصلحةِ، بخلافِ وقْفِ ناحيةٍ على شخْصٍ واحدٍ مثلًا، ويصِحُّ كما شملَتْه عبارتُه أيضًا وقْفُ المَغصوبِ وما لم يَرَه، ويُؤخَذُ منه صحَّةُ وقْفِ الأعْمَى.

(وَ) الثَّاني: **(أَنْ يَكُونَ)** أي: الوَقفُ بمعناه الظَّاهرِ حيثُ لا يُضاهِي التَّحريرَ **(عَلَى أَصْلٍ)** معيَّنٍ أهلٍ لتملُّكِ الموقوفِ، والمُراد بالأصلِ هنا: مَن يتلقَّى الوقْفَ أولًا؛ كالأولادِ في قولِه: «وقفْتُه على أولادي ثُمَّ أولادِ أولادي ثُمَّ الفقراءِ»، وكالموجودِ مِن الموقوفِ عليهم في قولِه: «وقفْتُه على الفقراءِ»، وقولِه: «وقفْتُه على أولادي وأولادِ أولادي أبدًا ما تناسَلُوا، ثُمَّ الفُقراءِ».

---

(١) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٥٢)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٣١٥).

(مَوْجُودٍ) حالَ صدورِه لا ينقطِعُ؛ كالفُقراءِ، والمَساكينِ، والمَساجِدِ، والرُّبطِ، والقناطرِ، وفي معنى الفُقراءِ: العلماءُ، على الصَّحيحِ، وفي «فتاوي» القَفَّالِ خلافُه؛ لأنَّهم قد ينقطِعون.

أو ينقطِعُ لكن كان الوقفُ عليه (وَ) على (فَرْعٍ) هو مَن يتلقَّى الوَقفَ بعدَه (لَا يَنْقَطِعُ) معينٌ أهلٌ لتملُّكِ الموقوفِ مُطلقًا، موجودٌ حالَ صدورِه إن لم يكُنْ جهةَ أهلٍ لتملُّكِ الموقوفِ؛ كعمرٍو في قولِه: «وقفْتُه على زيدٍ ثُمَّ عمرٍو ثم[1] بكرٍ ثُمَّ الفقراءِ»، بخلافِ ما إذا كان جهةً؛ كالفقراءِ في المثالِ، وظهَرَ أنَّ الوجودَ ليس مِن لازمِ الفَرعِ، بخلافِ الأصلِ، فلِذا لم يُقيِّدْه به كما قُيِّدَ به الأصلُ.

لا يُقالُ: لا وجْهَ لتخصيصِ هذا الشَّرطِ بما لا يُضاهِي التَّحريرَ؛ لأنَّ ما يُضاهِيه كوقْفِ المكانِ مسجدًا كائنٌ على أصلٍ موجودٍ وفرعٍ لا ينقطِعُ وهما المُسلمونَ؛ لأنَّا نقولُ: هو كذلك، لكن لا يجِبُ بيانُ ذلكَ الأصلِ والفَرعِ، بل إنْ بيَّنَه ببعضِ المُسلمينَ أو جميعِهم، وإلَّا فهو جميعُهم، والكلامُ في بيانِ وجوبِ ما ذُكِرَ.

وخرجَ بكونِه على أصلٍ وفرعٍ: ما إذا لم يكُنْ كذلكَ، بأن لم يُبيِّنِ الموقوفَ عليه؛ كـ «وقفْتُ هذا» مقتصرًا عليه، فهو باطِلٌ.

قال السُّبكيُّ[2]: ومحَلُّ البطلانِ إذا لم يقُلْ: «للهِ» وإلَّا فيصِحُّ؛ لخبَرِ أبي طلحَةَ: «هِيَ صَدَقَةٌ للهِ»[3]، ثُمَّ يعيِّنُ المَصرفَ.

وبكونِ الأصلِ معيَّنًا: ما إذا كان مبهمًا؛ كـ «وقفته على أحد هذين».

وبكونه أهلًا للتَّملكِ: ما إذا لم يكُنْ كذلكَ؛ كالجنينِ والبهيمةِ إن أطلق أو وقفَ على علَفِها، فإن قصَدَ به مالكَها فهو وقفٌ عليه، أو كانت موقوفةً أو

---

(١) في (ج)، (ن): «بن».

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٦٥).

(٣) رواه البخاري (١٤٦١)، ومسلم (٩٩٨) من حديث أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

مرصدَةً في سبيلِ اللهِ صحَّ الوقْفُ على علَفِها، وكعبدِ نفْسِه مُطلقًا وعبدِ غيره إن قصَدَ نفسَه، فإن أطلَقَ صحَّ ووقَعَ لسيِّدِه وإن استقَلَّ هو بالقبولِ.

وأمَّا صحَّة الوقْفِ على الأرقَّاءِ المَوقوفينَ على خدمَةِ الكعبةِ ونحْوِها، فإنَّ المقصودَ ثَمَّ الجِهةُ، فهو كالوَقفِ على علَفِ الدَّوابِّ في سبيلِ الله، والكلامُ هنا في الوقْفِ على معيَّنٍ.

قال شيخُ مشايخِنا[١]: أمَّا المُبعَّضُ فالظَّاهرُ أنَّه إن كانت مهايأةً وصدَرَ الوقْفُ عليه يومَ نوبتِه فكالحُرِّ، أو يومَ نوبةِ سيِّدِه فكالعبدِ، وإن لم تكن مهايأةً وُزِّعَ على الرِّقِّ والحُرِّيَّةِ، وعلى هذا يُحمَلُ إطلاقُ ابنِ خَيرانَ صحَّةَ الوقْفِ عليه.

قال الزَّرْكَشِيُّ: فلو أرادَ مالكُ البعضِ أن يقِفَ نصْفَه الرَّقيقَ على نصفِه الحُرِّ، فالظَّاهرُ الصِّحَّةُ، كما لو أوْصَى به لنصفِه الحُرِّ[٢].

وقولُه: «وُزِّعَ على الرِّقِّ والحُرِّيَّةِ» أي: فما خَصَّ الحُرِّيَّةَ فهو للجُزءِ الحُرِّ فله رِيعُه، وما خصَّ الرِّقَّ يكونُ وقفًا على رقيقٍ فيأتي فيه تفصيلُه.

ومنه أن يقصِدَه[٣] نفسَه فيبطُلُ، وقضيَّةُ هذا تفريقُ الصَّفقةِ فيما لو وُقِفَ على من يصِحُّ الوَقفُ عليه ومَنْ لا يصِحُّ الوَقفُ عليه.

وبكونِه موجودًا: ما إذا كان معدومًا؛ كـ«وقَفْتُ على مَن سيُولَدُ لي ثُمَّ الفقراءِ»، ويُسمَّى: منقطعُ الأوَّلِ، فهو باطلٌ على المَذهبِ.

وبكونِ الوقْفِ على فرعٍ لا ينقطِعُ: ما إذا انتَفَى كونُه على فرعٍ؛ كـ«وقفْتُ على أولادي» ولم يزِدْ، أو كان على فرعٍ مُنقطعٍ؛ كـ«وقَفْتُ على أولادي ثُمَّ أولادِ أولادي»، ويُسمَّى: منقطعُ الآخِرِ.

---

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٥٩).
(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٥٩).
(٣) في (ج): «يقصد».

فقيـل: هو باطـلٌ مُطلقًا، وهو قضيَّـةُ كلامِ المُصنِّفِ، وصحَّحَه المَسْـعوديُّ والإمـامُ، وقيـل: إن كان عَقارًا فـإن كان حيوانًا صحَّ؛ لأنَّ مصيـرَه إلى الهَلاكِ، وربَّمـا هلَكَ قبلَ المَوقوفِ عليه، ويُؤخَذُ منه أنَّ نحْـوَ الثَّوبِ كالحَيوانِ، وقيلَ: صحيحٌ مُطلقًا.

قال الشَّـيخانِ[1]: وهو الأظهَـرُ عندَ الأكثرين، ونصُّـه في «المختصرِ» وعلى هذا فالصَّحيـحُ أنَّه يَبْقى وقفًا بعدَ انقراضِ المذكورِ، ويُصرَفُ إلى أقربِ النَّاسِ إلى الواقفِ يومَ انقراضِه.

والمعتبَرُ قرْبُ الرَّحمِ[2] لا استحقاقُ الإرثِ، فيُقدَّمُ ابنُ البنتِ على ابنِ العَمِّ.

وهل يختَصُّ به فقراءُ الأقاربِ؟ قولانِ، أظهرُهما: الاختصاصُ.

وهل هو على سـبيلِ الوجوبِ؟ وجهانِ في «الرَّوضَةِ»[3] كأصْلِها[4]، وصرَّحَ الخُوارزْميُّ وغيرُه بالوجوبِ.

فـإن عُدِمَـتْ أقاربُـه، أو وقَفَ الإمـامُ مِن بيتِ المـالِ، صُرِفَ إلـى مصالحِ المُسـلمينَ، وعليه نصَّ في البُويطيِّ في الأُولى، وقال سُليمٌ الرَّازيُّ وابنُ الصَّباغِ وغيرُهمـا فيهـا: يُصرَفُ إلى الفقـراءِ والمسـاكينِ، وقياسُ اعتبارِ بلَـدِ المالِ في الزَّكاةِ اعتبارُ بلدِ الوقْفِ حتَّى يختَصَّ بفقرائِهِ ومساكينِه، قاله الزَّرْكَشِيُّ[5].

وفي «الرَّوضَـةِ»[6] كأصْلِهـا[7] عنِ القَفَّالِ: أنَّه لو وقَفَ على رِباطٍ أو مسـجدٍ معيَّـنٍ ولـم يذكُرِ المَصرفَ إن خرِبَ فهو منقطـعُ الآخِرِ، وعن صاحبِ «التَّتَمَّةِ»

---

(١) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٦٨)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٣٢٦).

(٢) زاد في (هـ): «أي: القرابة».

(٣) «روضة الطالبين» (٥/ ٣٢٦).

(٤) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٦٨).

(٥) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٦٤).

(٦) «روضة الطالبين» (٥/ ٣٣٣).

(٧) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٠١).

أنَّه إن كان في موضعٍ يُستبعَدُ في العادةِ خرابُه بأنْ كان في وسطِ البلدةِ فصحيحٌ، وإن كان في قريةٍ أو جادةٍ فهو منقطعُ الآخِرِ.

والأوْجَهُ أنَّه منقطعُ الآخِرِ، وبه جزَمَ صاحبُ «الرَّوضِ»[1] وغيرُه.

ومُقتَضى[2] كونِه منقطعَ الآخِرِ أن يُصرَفُ مَصرفَه إذا خرِبَ المسجدُ وتفرَّقَ النَّاسُ مِن حوْلِه وتعطَّلَ، وهو ما قاله صاحبُ «البحْرِ»[3]، وحَكاهُ الحَنَّاطِيُّ في «فتاويه» وجهًا، وقال المَاوَرْدِيُّ[4]: يُصرَفُ إلى الفقراءِ والمساكينِ. وبه جزَمَ صاحبُ «البحرِ»[5] في موضعٍ، وقال المُتولِّي: يُصرَفُ لأقربِ المساجدِ إليه. وقال الإمامُ: يُحفَظُ لتوقُّعِ عودِه[6].

واعتمدَ شيخُنا الشِّهابُ الرَّمْلِيُّ أنَّه إن تُوقِّعَ عوْدُه حُفِظَ الرِّيعُ، وإلَّا صُرِفَ لأقربِ المساجدِ إن كان ثَمَّ مساجدُ، وإلَّا صُرِفَ لأقربِ النَّاسِ إلى الواقِفِ إن وُجِدَ، وإلَّا فللفقراءِ والمساكينِ، وحملَ على هذا التَّفصيلِ الأقوالَ المذكورةَ.

ولا يخْفَى أنَّ إطلاقَهم في منقطعِ الآخِرِ أنَّه يُصرَفُ لأقربِ النَّاسِ إلى الواقفِ يُشكِلُ على تقديمِ صرْفِه لأقربِ المساجدِ على صرْفِه للأقربِ المذكورِ عندَ عدمِ التَّوقُّعِ؛ فليُتأمَّلْ.

وبتعيُّنِ الفَرعِ وأهليَّتِه للتَّملُّكِ ووجودِه بالشَّرطِ المُتقدِّمِ؛ نحو قولِه: «وقفْتُه على زيدٍ ثُمَّ أحدِ الرَّجلينِ» أو «ثمَّ رجلٍ ثمَّ الفقراءِ» للإبهام، ونحو قوله: «وقفْتُه على زيدٍ ثمَّ العَبدِ لنفسِه»، أو «ثُمَّ حمْلِ هذه المرأةِ، ثُمَّ الفقراءِ»؛ لعدمِ أهليةِ كلٍّ مِن العَبدِ والحَملِ للتَّملُّكِ.

---

(١) «روض الطالب» (ص ٩٤٧).

(٢) في (هـ): «وقضية».

(٣) «بحر المذهب» (٧/ ٢١٩).

(٤) «الحاوي الكبير» (٧/ ٥٢٠).

(٥) «بحر المذهب» (٧/ ٢١٧).

(٦) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٧٥).

وقولُـه: «وقفْتُه على زيدٍ ثُمَّ ولدي محمَّدٍ ثُمَّ الفقراءِ» ولا ولدَ له لعَدمِ وجودِ الفرعِ، ويُسمَّى في جميعِ ذلكَ: منقطعُ الوَسطِ.

فـإنْ صحَّحْنا منقطـعَ الآخِرِ فهذا أَوْلـى، وإلَّا فوجهانِ أصحُّهمـا: الصِّحَّةُ، وعلى الصِّحَّةِ فيُصرَفُ في الوَسـطِ مصرْفَ منقطعِ الآخِرِ إن عُرِفَ أمَدُ الانقطاعِ كمـا في صـورةِ العَبدِ والحَمـلِ، وإلَّا فإلَى مَن بعـدَه كالفُقـراءِ في الأَمثلةِ كما في صورةِ «ثُمَّ رجلٍ».

وهل صورةُ «ثُمَّ أحدِ الرَّجليْنِ» ممَّا عُرِفَ أمَدُ انقطاعِه؟ فيه نظرٌ، وعلى الأَوَّلِ يُحتمَلُ أنَّ المُعتبَرَ موتُ آخرِهما موتًا فيُصرَفُ مصرْفَ منقطعِ الآخِرِ إلى موتِه.

واعلمْ أنَّ في هذا الشَّـرطِ الثَّاني رمزًا إلى أنَّه لا يجوزُ توقيتُه ولو بمُدَّةٍ طويلةٍ، فلو قال: «وقفْتُ هذا سـنَةً» فباطلٌ، نعـم إنْ عقَّبه بمصرفٍ آخرَ؛ كأنْ وقفَه على أولادِه سـنةً ثُمَّ على الفقراءِ صحَّ، ورُوعِيَ فيه شـرطُ الواقفِ كما نقَلَه البُلْقِينِيُّ عـنِ الخُوارِزْمـيِّ، ومحَلُّ هذا فيما لا يُضاهِـي التَّحريرَ، أمَّا مـا يُضاهِيه كقولِه: «جعَلْتُه مسجدًا سنَةً» فيصِحُّ مؤبَّدًا[1].

(وَ) **الثَّالِـثُ**: **(أَلَّا يَكُـونَ)** أي: الوقْـفُ بمعنـاه الظَّاهـرِ **(فِي مَحْظُـورٍ)** أي: علـى معصيةٍ، سـواءٌ أكانَ على ما يظهَرُ فيـه قصْدُ القُربةِ كالوقْـفِ على الفقراءِ والمسـاجدِ، أم على ما لا يظهَرُ فيـه كالوقْفِ على الأغنياءِ وأهلِ الذِّمَّةِ وسـائرِ الفُسَّـاقِ كقطاعِ الطَّريقِ، بناءً على الأشْـبَهِ مِن أنَّ المَرعيَّ في الوقْفِ على الجِهةِ التَّمليـكُ كمـا في المُعيَّـنِ والوَصيَّةِ لا جهةُ القُربـةِ. قال الشَّـيخانِ[2]: وهذا هو الأشبَهُ بكلامِ الأكثرين.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٦٤).

(٢) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٦٠)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٣٢٠).

لكنِ الأحسنُ توسُّطُ بعضِ المُتأخِّرين، وهو صحَّتُه على الأغنياءِ وبطلانُه على أهلِ الذِّمَّةِ وسائرِ الفَسقةِ؛ لتضمُّنِه الإعانةَ على المَعصيةِ، وإن كان على معصيةٍ لم يصِحَّ؛ كالوقْفِ على كنيسةٍ للتَّعبُّدِ ولو مِن ذمِّيٍّ ولو على ترميمِها وإن لم نمنَعْه، خلافًا لِما وقَعَ لابنِ الرِّفْعَةِ، أو نحوِ قناديلِها، أو حُصرِها، أو على خادمِها كما قاله ابنُ الصَّبَّاغِ، أو مَن يقطَعُ الطَّريقَ أو يتهوَّدُ أو يتنصَّرُ، أو على الزُّناةِ أو السُّرَّاقِ أو شاربي[1] الخمرِ، كما نبَّه عليه بعضُهم.

وكوقْفِ كُتبِ التَّوراةِ أو الإنجيلِ، أو السِّلاحِ على قطَّاعِ الطَّريقِ، أو الخيلِ على معيَّنٍ ليقطَعَ عليها الطَّريقَ، بخلافِ ما لو وقَفَها على قاطعِ طريقٍ ليركبَها في حوائجِه، أو وقَفَ على كنيسةٍ لنُزولِ المارَّةِ، وفي الوقْفِ على كنيسةٍ للتَّعبُّدِ ونزولِ المارَّةِ وجهانِ، أوجهُهُما: البطلانُ.

ولو وقَفَ دارًا على أن يسكُنَها فقراءُ اليهودِ، فإن جعَلَ لفقراءِ المُسلمينَ معَهم نصيبًا جازَ، وإلَّا فوجهانِ؛ لأنَّهم إذا انفرَدُوا صارَتْ ككنيسةِ التَّعبُّدِ، ذكَرَه المَاوَرْدِيُّ[2]، ولو أوْصَى بمالٍ ليُصرَفَ في سراجِ البِيَعِ والكنائسِ، فإن قصَدَ تعظيمَها لم يصِحَّ، وإن قصَدَ الضَّوءَ على من يأْوِيها ليلًا صحَّتْ كالوَصيَّةِ لهم ابتداءً، قاله الشَّيخُ أبو حامدٍ.

قال في «المَطلبِ»: ولا يبعُدُ مجيئُه في الوقفِ، واستدلَّ بعضُهم على مجيئِه فيه بما ذكَرُوه في الوَصايا مِن أنَّه لو أَوْصَى بشِراءِ أرضٍ لتكونَ وقفًا على الكَنيسةِ لم يصِحَّ، إلَّا أن تُجعَلَ الكَنيسةُ لنُزولِ المارَّةِ مِن أهْلِ الذِّمَّةِ أو للسُّكْنى فتصِحُّ؛ إذْ لا معصيَةَ؛ لأنَّها رِباطٌ لا كَنيسةٌ، قال: وهو نصٌّ في المسألةِ. انتَهى.

---

(١) في (ج)، (ن): «السرقة أو شرب».

(٢) «الحاوي الكبير» (٧/ ٥٢٤).

وفي كونِه نصًّا فيها نظَرٌ؛ لأنَّ هذا مُصوَّرٌ كما تَرَى بما إذا جُعلَتْ لنزولِ المارَّةِ أو للسُّكْنى ولهذا كانت رِباطًا لا كنيسةً، بخلافِ تلكَ فإنَّ ظاهرَ المنقولِ عن أبي حامدٍ أنَّها كنيسةٌ بحالِها، لكنَّه لم يقصِدْ تعظيمَها، بل الضَّوءَ على من يأْوِيها ليلًا، فليُتأمَّلْ.

وسكَتَ المُصنِّفُ عنِ اشتراطِ الإلزامِ والتَّنجيزِ، فلو شرَطَ فيه خيارًا لنفْسِه أو غيرِه، أو أن يبيعَه، أو أن يرجِعَ فيه مَتَى شاءَ، أو أن يرجِعَ إليه[1] إذا ماتَ الموقوفُ عليه، أو أن يزيدَ أو ينقُصَ، أو أن يتقدَّمَ أو يتأخَّرَ مَن شاءَ كان باطلًا.

نعَمْ إن شرَطَ فيه خيارًا للموقوفِ عليه المُعيَّنِ لم يضُرَّ بناءً على اشتراطِ قبولِه؛ لأنَّه شرْطٌ يقتَضِيه العَقْدُ، كذا قاله بعضُهم بحثًا، وجزَمَ به النَّاشِريُّ، لكنَّه لم يُقيِّدِ الموقوفَ عليه بالمُعيَّنِ ولا علَّلَه بشيءٍ، فالأوْجَهُ حمْلُه على ما إذا أرادَ الخيارَ في القبولِ أو في تناوُلِ الرِّيعِ، وإلَّا لم يصِحَّ.

ولو علَّقَه كـ «وقَفْتُ دارِيَ إذا جاءَ رأْسُ الشَّهرِ أو قدِمَ فلانٌ» فهو باطلٌ أيضًا، نعَمْ أفْتَى الأستاذُ أبو إسحاقَ فيما لو قال: «وقَفْتُ دارِيَ على الفقراءِ بعدَ موتِي» بصحَّةِ وقْفِها ووقوعِه بعدَ المَوتِ؛ كعتْقِ المُدبَّرِ، وساعَدَه أئمَّةُ الزَّمانِ، ونقَلَه السُّبكيُّ عن نصِّ الشَّافعيِّ والأصحابِ.

قال الشَّيخانِ[2]: وهذا كأنَّه وصيَّةٌ؛ لقولِ القَفَّالِ: لو عرَضَها على البيعِ كان رُجوعًا.

ومحَلُّ ذلكَ فيما لا يُضاهِي التَّحريرَ، أمَّا ما يُضاهِيه كـ «جعَلْتُه مسجدًا إذا جاءَ رَمضانَ» فينبَغِي صحَّتُه، ذكَرَه ابنُ الرِّفْعَةِ.

---

(١) في (ج، ك): «فيه».

(٢) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٠٠)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٣٣٢).

ولا بدَّ مِن إيجابٍ صريحًا كان كـ «وقَفْتُ» و«حبَسْتُ»، أو كنايةً كـ «حرَّمْتُ» و«أبَّدْتُ دارِيَ للمساكينِ».

ويُشترَطُ قبولٌ متَّصلٌ بالإيجابِ كالبيعِ إذا كان الموقوفُ عليه معيَّنًا، غيرَ مسجدٍ ونحوِه كما رجَّحَه في «المُحرَّرِ» و«المنهاجِ»[1]، لكنَّه اختارَ في «الرَّوضَةِ»[2] في السَّرقةِ أنَّه لا يُشترَطُ، ونقَلَه في «شرحِ الوسيطِ» عن نصِّ الشَّافعيِّ، وقال الأَذْرَعِيُّ وغيرُه: إنَّه المذهَبُ[3].

وسواءٌ اشترَطَ قبولَه أم لا لو ردَّ بطَلَ حقُّه، فلو ردَّ ثُمَّ رجَعَ قال الشَّيخانِ[4]: قال الرُّويانِيُّ: إن رجَعَ قبلَ حكمِ الحاكمِ بِردِّه إلى غيرِه كان له، وإن حكَمَ به لغيرِه بطَلَ حقُّه. انتَهَى.

والأَوْجَهُ أنَّه إن كان الرَّدُّ قبلَ القَبولِ بطَلَ حقُّه مُطلقًا؛ لسُقوطِ الإيجابِ بالرَّدِّ والفَصْلِ بينَ الإيجابِ والقَبولِ، وإن كان بعدَ القَبولِ لم يضُرَّ مُطلقًا، ثُمَّ رأيتُ الأَذْرَعِيَّ[5] ردَّ ما قاله الرُّويانِيُّ، هذا في البطْنِ الأوَّلِ، أمَّا الثَّاني وما بعدَه فنقَلَ الإمامُ والغَزاليُّ أنَّه لا يُشترَطُ قبولُهم قطعًا؛ لأنَّ استحقاقَهم لا يتَّصِلُ بالإيجابِ، وأنَّ في ارتدادِه بِردِّهم وجهين، وأَجرى المُتولِّي الخِلافَ في اشتراط قبولِهم وارتدادِه بِردِّهم بناءً على أنَّهم يتلقَّونَ الحقَّ مِن الواقفِ أم مِن البطنِ الأوَّلِ؟

إن قلْنا بالأوَّلِ فقبولُهم وردُّهم كقبولِ الأولينَ وردِّهم، وإلَّا فلا يُعتبَرُ قبولُهم وردُّهم كالمِيراثِ.

---

(١) «منهاج الطالبين» (ص ١٦٨). (٢) «روضة الطالبين» (٥/ ٣٢٤).

(٣) «قوت المحتاج» (٣/ ٣٣).

(٤) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٦٦)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٣٢٥).

(٥) «قوت المحتاج» (٣/ ٣٤).

قال الرَّافعيُّ[١] وتبِعَه النَّوويُّ[٢]: وهذا أحسَنُ، ولا يبعُدُ أنَّه لا يتَّصِلُ الاستحقاقُ بالإيجابِ مع اشتراطِ القبولِ كما في الوَصيَّةِ.

قال السُّبكيُّ[٣]: لكنِ الذي يتحصَّلُ مِن كلامِ الشَّافعيِّ والأصحابِ أنَّه لا يُشتَرطُ قبولُهم وإن شرَطْنا قبولَ البطنِ الأوَّلِ وأنَّه يرتَدُّ بردِّهم كما يرتدُّ بردِّ الأوَّلِ على الصَّحيحِ فيهما، وهذا أَوْلَى ممَّا استحسَنَه الرَّافعيُّ.

(**وَهُوَ**) أي: الوقْفُ مِن حيثُ صَرفُ غلَّتِه يكونُ (**عَلَى مَا شَرَطَ**[٤]) أي: على الوجْهِ الذي شرَطَه (**الوَاقِفُ**) فيه صريحًا أو ضمْنًا (**مِنْ تَقْدِيمٍ**) لبعضِ الموقوفِ عليهم على البعضِ الآخَرِ.

(**وَتَأْخِيرٍ**) كذلكَ في الاستحقاقِ أو الصَّرفِ؛ كـ«وقَفْتُ على أولادي وأولادِ أولادي ما تناسَلُوا»، أو «بطنًا بعدَ بطنٍ» على أن يُقدَّمَ في الاستحقاقِ أو الصَّرفِ كلُّ بطنٍ على مَن بعدَه، أو ذكورُهم أو علماؤُهم على غيرِهم، أو على أولادي ثُمَّ أولادِ أولادي ما تناسَلُوا، أو بطنًا بعدَ بطنٍ، فيُقدَّمُ في الاستحقاقِ كلُّ بطنٍ على مَن بعدَه.

(**وَتَسْوِيَةٍ**) بينَهم في قدْرِ الاستحقاقِ؛ كـ«وقَفْتُ على أولادي وأولادِ أولادي ما تناسَلُوا على ألَّا يُفضَّلَ أحدٌ منهم على غيرِه» فيسْتَوون فيه كما لو سكَتَ عن ذلكَ.

(**وَتَفْضِيلٍ**) لبعضِهم على البعضِ الآخرِ فيه؛ كقوله في المثالِ: «على أنَّ للذَّكرِ مثْلُ حظِّ الأنثيَيْنِ»، أو بالعكسِ.

---

(١) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٦٦).
(٢) «روضة الطالبين» (٥/ ٣٢٥).
(٣) «فتاوى السبكي» (٢/ ٨٢-٨٣).
(٤) في (ش)، (ك): «شرطه».

فلوِ اندرَسَ شـرْطُ الواقفِ فلم يُعرفْ مقاديرُ الاسـتحقاقِ، أو كيفيَّةُ التَّرتيبِ بيـنَ أربـابِ الوقْفِ قُسِّـمتِ الغلَّةُ بينَهـم بعدَ حلفِهـم بالسَّـويَّةِ، وحَكَى بعضُ المتأخِّرين أنَّ الوجْهَ التَّوقُّفُ إلى اصطلاحِهم.

قال الشَّيخانِ[1]: وهو القياسُ.

فـإن تنَازَعُـوا في شـرْطِهِ ولا بيِّنةٌ جُعلَـتِ الغلَّةُ بينَهـم بالسَّـويَّةِ، وإن كان ثَمَّ اسـتفاضةٌ؛ إذْ شـروطُ الوقْفِ لا تثبُتُ بها كما أفْتَى به النَّوويُّ وإن نُوزِعَ فيه، فإن كان الواقفُ حيًّا رُجِعَ إلى قولْه بلا يمينٍ كما صرَّحَ به الرُّويَانِيُّ[2] والمَاوَرْدِيُّ[3]، وزاد أنَّه يُرجَعُ بعدَه إلى وارثِه، ثُمَّ إلى النَّاظرِ مِن جهتِه لا مِن جهةِ الحاكمِ.

ولـو كان هنـاكَ وارثٌ وناظـرٌ واختَلَفا فهل يُرجَـعُ إلى الـوارثِ أو النَّاظرِ؟ وجهانِ، رجَّحَ منهما الأَذْرَعِيُّ الثَّاني.

وفي «الذَّخائرِ»: إذا اختلَفَ النَّاظرُ في الوقْفِ وأربابُه في تفضيلٍ أو ترتيبٍ ولا بيِّنةٌ فوجهانِ:

أحدُهما: القولُ قولُ أهْلِ الوقْفِ؛ لأنَّهم المُستحِقُّون.

والثَّاني: قولُ النَّاظرِ.

ذكَرَهما الشَّاشـيُّ في «الحليةِ»[4]، وقال في «الانتصـارِ»: إنَّ الأصحَّ أنَّ القولَ قولُ النَّاظرِ.

ولو وُجِدَ في دفترِ مَن تقدَّمَ مِن النُّظَّارِ تفاوتٌ اتُّبِعَ؛ لأنَّ الظَّاهرَ استنادُ تصرُّفِهم إلى أصلٍ.

---

(١) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٩٣)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٣٥٢).
(٢) «بحر المذهب» (٧/ ٢٣٣).
(٣) «الحاوي الكبير» (٧/ ٥٣٣).
(٤) «حلية العلماء» (٦/ ٢٧).

وهـل المُرادُ النُّظَّارُ مِن جهةِ الواقفِ لا مِنِ جهةِ الحاكمِ أخذًا ممَّا تقدَّمَ؛ لأنَّ الدَّفتَـرَ لا يزيـدُ على صريحِ القَولِ، أو أعـمَّ، ويُفرَّقُ بأنَّ الغالـبَ أنَّه لا يثبُتُ في الدَّفترِ إلَّا ما كان عن أصلٍ ولا كذلكَ القولُ؟

فيـه نظرٌ، والقَلْبُ إلى الأوَّلِ أميلُ، وفي «فتـاوي» النَّوويِّ أنَّه يُرجَعُ إلى عادةِ مَن تقدَّمَ، حتَّى لوِ اتَّفقَتْ عادةُ المُدرِّسـينَ في شـيءٍ مِن العُلومِ اتُّبعَتْ. قال: فإنْ شكَّ في شيءٍ استُحِبَّ الاحتياطُ. وقال في غيرِها: إنَّه يُرجَعُ إلى عادةِ نُظَّارِ الوَقْفِ إنِ اتَّفقَتْ عادتُهم[1]. انتَهى.

وهو شـاملٌ لغيرِ مَن هـو مِن جهةِ الواقفِ، وقد يُفرَّقُ بينَـه وبينَ ما تقدَّمَ عنِ المَـاوَرْدِيِّ حيـثُ قيَّدَه بمَن هو مِـن جهةِ الواقفِ بـأنَّ عادةَ النُّظَّـارِ المتَّفقةَ مع تعدُّدِهم أقْوَى مِن مُجرَّدِ إخبارِ الواحدِ، ولا يخْفَى ما فيه.

ثُمَّ رأيْتُ صاحبَ «الخادمِ» لمَّا ساقَ كلامَ المَاوَرْدِيِّ السَّابقَ حكَمَ بمُخالفتِه لِما ذُكرَ عنِ النَّوويِّ في «فتاويه» وغيرِها، فلوِ اختَلَفوا لم يبعُدِ اعتبارُ عادةِ الأكثرِ، ومحلُّ التَّسـويةِ فيما تقدَّمَ كما في «زوائدِ الرَّوضَةِ» إذا كان الوقْفُ في أيديهم، أو لا يدَ لواحدٍ منهم، أمَّا لو كان في يدِ بعضِهم فالقَولُ قولُه بيَمينِه، ومحلُّه أيضًا إذا لم تطَّرِدْ عادةٌ بالتَّفضيلِ، فإنِ اطَّردَتْ كما في المُعيدِ والمُدرِّسِ والطَّالبِ لم يُسوَّ بل تُعتبَرُ العادةُ، ولو جُهِلَ أربابُ الوقْفِ صرفَ لأقرباءِ الواقفِ، ثُمَّ للمصالحِ.

قال في «الشَّرح الصَّغيرِ»: وكان يجوزُ أن يُوقَفَ إلى التَّبيينِ.



---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٧٣).

(فَصْلٌ)
في الهبة الشاملة للهدية والصدقة

(وَكُلُّ مَا) أي: شـيءٍ **(جَازَ بَيْعُهُ)** بأن وُجدَتْ فيه شروطُ البيعِ **(جَازَتْ)** أي: صحَّـتْ **(هِبَتُـهُ)**، وكلُّ مـا لا يجوزُ بيْعُه بأن لـم تُوجَدْ فيه شـروطُه؛ كمجهولٍ، وآبقٍ، وضالٍّ لا تجوزُ هبتُه.

وقـد تمتنِـعُ هبةُ مـا يجوزُ بيعُـه، كما لو أعتـقَ الرَّاهـنُ المُعسـرُ المَرهونةَ أو استوْلَدَها، فإنَّه يجوزُ بيعُها للضَّرورةِ وتمتنِعُ هبتُها مِن المُرتهنِ وغيرِه، وكالدَّينِ فإنَّـه يجـوزُ بيْعُه لغيرِ مَن هو عليـه كما صحَّحَه في «الرَّوضَـةِ»[1]، وإن صحَّح في «المنهاج» بطلانَه، وتمتنعُ هبتُه له كما في «الروضة» و«المنهاجِ»[2] وغيرِهما هنا، وإنْ فرَّعَه جمعٌ على بُطلانِ البيعِ، ونقَلُوا الصِّحَّةَ عن تصحيحِ جمْعٍ تبعًا للنَّصِّ.

أمَّـا هبته لمَن هو عليه فهـي صحيحةٌ وتكونُ إبـراءً، وكالموصوفِ في الذِّمَّةِ كمئةِ درهمٍ وصَفَها في ذمَّتِه بصفةِ السَّلَمِ، فإنَّه يجوزُ بيْعُها وتمتنِعُ هبتُها كما أشارَ إليه الرَّافعيُّ في الصُّلحِ، ونقَلَ عن تصريحِ جمْعٍ مِن متقدِّمي الأصحابِ.

وقد تجوزُ هبةُ ما لا يجوزُ بيْعُه؛ كحبَّتي حنطةٍ، ونحوِهما من كلِّ ما لا يُتموَّلُ، كما مَشَـى عليه في «المنهاجِ»[3]، وإنِ اعترُِضَ عليه بتصريـحِ الرَّافعيِّ في اللُّقطةِ بخلافِه، وظاهِرُه أنَّ هبةَ ذلكَ بمَعْنى التَّمليكِ دونَ مُجرَّدِ نقْلِ اليدِ.

ولا مانـعَ مِن قبولِ غيرِ المُتموَّلِ للتَّمليكِ بلا عِـوضٍ، وكالحمَامِ المُختلطِ، فإنَّه يجوزُ لأحدِ المالكيْنِ هبةُ الآخَرِ حصَّتَه مع الجَهلِ بها، وفيه نظرٌ؛ لأنَّه يجوزُ

(١) «روضة الطالبين» (٥/ ٣٧٤).
(٢) «منهاج الطالبين» (ص ١٧١).
(٣) «منهاج الطالبين» (ص ١٧١).

بيْـعُ حصَّتَه مِن الآخـرِ أيضًا كما ذكَـرُوه في الصَّيدِ والذَّبائحِ. وكثمـرَةِ البائعِ إذا أُلحقَتْ ثمرَةُ المُشتري واختلَطَا فوهَبَها منه، وكالمالِ الموقوفِ للورثةِ إذا جُهِلَ قـدْرُ مـا لكلٍّ منهم فتصَالَحُوا بتسـاوٍ أو تفاوتٍ، فإنَّه لا بدَّ مِـن جَريانِ التَّواهُبِ بينهم كما قاله الإمامُ.

ولـو أخرَجَ بعضُهم نفسَـه مِن البيـنِ[١] ووهَبَ لهم حصَّتَه مـع الجَهلِ كان جائزًا أيضًا للضَّرورةِ فيهما، وأفهَمَ كلامُه امتناعَ هبةِ الاختصاصِ كجلْدِ الميتةِ والخَمـرِ المُحتَرمةِ، وهـو كذلكَ في الهِبةِ بمَعْنى التَّمليكِ، أمَّـا بمَعْنى نقْلِ اليدِ فجائـزةٌ، وهبـةُ المَغصـوبِ المَعجوزِ عنِ انتزاعِـه، وهو ما رجَّحَـه الرَّافعيُّ[٢] وغيـرُه من وجهيْنِ أرسـلَهما في «الرَّوضَـةِ»[٣]، وهبةُ الزَّرعِ قبلَ بـدوِّ الصَّلاحِ بدونِ شرْطِ القطْعِ.

(لكنـه أطلق في «الروضـة»[٤] كأصلها أنَّه يجوزُ هِبـةُ الأرضِ المَزروعةِ مع زَرعِها ودونَ زَرعِها وعكسُه، زاد في «الروضة»: ولو قبلَ بُدوِّ الصَّلاحِ بلا شَرطِ القَطعِ)[٥].

وقد يُفهَمُ جوازُ هبـةِ المَنافعِ لجوازِ بيعِها بالإجارةِ، فإنَّها بيعٌ للمنافعِ، وهو أحـدُ وجهيْنِ، فلا يملِكُها إلَّا بقبْضِها، وهو اسـتيفاؤُها لا بقبْـضِ الدَّارِ والدَّارُ أمانـةٌ في يـدِه، والثَّـاني: أنَّ الدَّارَ عاريـةٌ، ولا تملك المَنافعَ، وعلـى هذا تكونُ الدَّارُ مضمونةً، ورجَّحَ الأوَّلَ ابنُ الرِّفْعَةِ والسُّبكيُّ والبُلْقِينِيُّ، وقال الزَّرْكَشِيُّ: الأرجَحُ الثَّاني، وبه جزَمَ المَاوَرْدِيُّ وغيرُه[٦].

---

(١) في (هـ): «العين». وفي (ج): «الدين».
(٢) «الشرح الكبير» (٦/ ٣١٦).
(٣) «روضة الطالبين» (٥/ ٣٧٣).
(٤) «روضة الطالبين» (٥/ ٣٧٣).
(٥) زيادة من (هـ).
(٦) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٨٦).

ولا بدَّ في الهِبةِ المقابلةِ للهديَّةِ والصَّدقةِ مِن الصِّيغةِ، وهي الإيجابُ والقبولُ كما في البيعِ، فيفسِدُها التَّعليقُ والتَّأقيتُ إلَّا فيما يأتِي مِن العُمْرَى وَالرُّقْبَى، ويقبَلُ للمحجورِ وليُّه، فإن لم يفعَلِ انعزَلَ الوصِيُّ والقيِّمُ دونَ الأبِ والجَدِّ، فإن كان الواهِبُ الوليَّ قبِلَ له الحاكمُ إلَّا إن كان أبًا أو جدًّا فيتولَّى الطَّرفيْنِ، وللعبدِ نفسُه، فإن كان صغيرًا فهل يقبَلُ السَّيِّدُ؟ فيه نظرٌ، ولا يبعُدُ أنَّه الوليُّ[١].

وعُلِمَ ممَّا ذُكِرَ أنَّه لو غرَسَ شجرًا وقال عندَ غرسِه: «اغرِسْه لطفلي»، أو «جعلْتُه له»، أو «اشْتَرِي حُليًّا أو غيرَه لزوجتِه أو ولدِه الصَّغيرِ وزيِّنْها[٢] به»، أو «جهِّزِ ابنتَه بأمتعةٍ» لم يحصُلِ المِلْكُ في شيءٍ من ذلكَ؛ لانتفاءِ الإيجابِ والقَبولِ، فلوِ ادَّعَتْ بنتُه في الأخيرةِ أنَّه ملَّكَها صُدِّقَ هو بيمينِه، وفي «فتاوى القاضي حُسينٍ»: أنَّه لو نقَلَ ابنتَه وجهَّزَها إلى دارِ الزَّوجِ فإن قال: «هذا جهازُ ابنَتِي» فهو مِلكٌ لها؛ أي: مؤاخذةٌ بإقرارِه، وإن لم يقُلْ فهو إعارةٌ ويُصدَّقُ بيمينِه[٣]. انتَهَى.

وفي صحَّةِ قبولِ بعضِ المَوهوبِ، أو قبولِ أحدِ شخصيْنِ نصْفَ ما وهبَ لهما وجهانِ. وقضيَّةُ كلامِ الشَّيخينِ[٤] ترجيحُ المَنعِ، وجَرَى عليه الإِسْنَوِيُّ[٥]، ومَشَى غيرُه على الصِّحَّةِ، وفرَّقَ بينَ الهِبة والبيعِ.

(**وَلَا تَلْزَمُ الهِبَةُ**) الشَّاملةُ للهديَّةِ والصَّدقةِ، ولا يحصُلُ المِلْكُ فيها (**إِلَّا بِالقَبْضِ**) مِن الواهبِ أو نائبِه أو بإذْنِه فيه، فتلزَمُ ويحصُلُ الملْكُ، فإن استقَلَّ به لم يملِكْها ودخَلَتْ في ضمانِه، أو كان الموهوبُ جزءًا شائعًا فقبَضَ الجملةَ بإذْنِ الواهبِ دونَ الشَّريكِ صحَّ وأَثِمَ وضمِنَ نصيبَ الشَّريكِ، ولو حصَلَتْ

(١) في (هـ): «كالولي».
(٢) في (هـ): «وزينهما».
(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٧٨).
(٤) «الشرح الكبير» (٦/ ٣١٦)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٣٧٣).
(٥) «المهمات» (٦/ ٢٦٨).

زيادةٌ قبْلَه منفصلةٌ فهي للواهبِ لحدوثِها على ملْكِه، أو تصرَّفَ قبْلَه نفَذَ تصرُّفُه وكان رُجوعًا، أو إن ظنَّ لزومَ الهِبةِ بالعَقْدِ.

وصفةُ القبضِ كما في البيعِ، لكن لا يكْفِي هنا الإتلافُ ولا الوضْعُ بينَ يدَيْه بلا إذْنِه[1]، نعَمْ إن أكَلَه بإذْنِ الواهبِ أو أعتَقَه أحدُهما بإذْنِ الآخرِ كان قبضًا، ولو زالَتْ أهليَّةُ أحدِهما قبلَ القَبضِ لم ينفسِخِ العَقْدُ، ويقومُ وارثُه أو وليُّه مقامَه، فلو لم يرِثِ الواهبَ إلَّا بيتُ المالُ فهل يقومُ الإمامُ مقامَه في الإقباضِ؟

قال بعضُهم: ينقدِحُ أن يُقالَ: إن كانت تلكَ العينُ لو كانت مِلكًا لبيتِ المالِ كان للإمامِ أن يملِّكَها المتَّهبَ كان له إقباضُه إيَّاها، وإلَّا فلا، أو بينَ الإذْنِ والقبضِ أو رجَعَ الواهبُ أو وارثُه عنِ الإذْنِ بطَلَ.

ولو قال لعبدِه: «إن وهبْتُك فأنْتَ حُرٌّ» فوهَبَه ولم يقبِضْه قال الرُّويَانِيُّ[2]: يحتمِلُ ألَّا تقَعَ الحُرِّيَّةُ؛ لأنَّ الهِبةَ لا تقَعُ إلَّا بالقَبضِ، ويحتمِلُ أن تقَعَ. قال والدي: وهو الأشبَهُ.

(وَإِذَا قَبَضَهَا) أي: الهِبة بمَعْنى المَوهوبِ بأنواعِه **(الْمَوْهُوبُ لَهُ)** ملَكَها و**(لَمْ يُكَنْ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا)** أي: في الهِبةِ بالمعنى المذكورِ بقولٍ أو فعلٍ، أو بمَعْنى التَّمليكِ بأن يفسَخَه للزومِه بالقبضِ **(إِلَّا أَنْ يَكُونَ)** الواهبُ **(وَالِدًا)** للموهوبِ له، ولو صغيرًا أو لسيِّدِه، غيرَ المُكاتَبِ له الذي لم تنفسِخْ كتابتُه؛ أي: ذا ولادةٍ له، أبًا كان أو أمًّا أو جدًّا أو جدَّةً مِن جهةِ الأبِ أو الأمِّ، فله الرُّجوعُ فيها، أو في بعضِها بأنواعِها بزيادتِها المتَّصلةِ غيرَ الحمْلِ الحادثِ ولو قبلَ وضْعِه.

---

(١) في (ج): «إذن».

(٢) «بحر المذهب» (٨/ ٤٠٥).

وإن أسقطَ حقَّه مِن الرُّجوعِ ما دامَتْ في ولايةِ الولدِ، فإن خرَجَتْ عنها بتلَفٍ أو بيعٍ -أي: ولو مِن الوالدِ كما اقتَضاه إطلاقُهم واستظْهَرَه بعضُهم- أو هبةٍ ولو لولدِه، أو رهنٍ مِن غيرِ الوالدِ كما بحَثَه الزَّرْكَشِيُّ وجزَمَ به غيرُه مع القَبضِ فيهما، أو كتابةٍ أو إيلادٍ أو حَجرِ فَلَسٍ - لم يرجِعْ، بخلافِ حَجْرِ السَّفهِ وتزويجِ المَوهوبِ وتدبيرِه، فلا يمنَعُ الرُّجوعَ، كما لوِ انفَكَّ الرَّهنُ والكتابةُ بنحوِ: «رجَعْتُ فيما وهَبْتُ» أو «ردَدْتُه إليَّ» أو «إلى ملْكِي»، أو «نقَضْتُ الهِبةَ أو أبطَلْتُها أو فسخْتُها»، لا بنحْوِ البيعِ والهبةِ والوقْفِ والإعتاقِ والوطْءِ والإيلادِ والإتلافِ، ويلزَمُه بالوَطْءِ مهْرُ المِثْلِ، وبالإيلادِ والإتلافِ القيمةُ، وتلْغُو البقيَّةُ.

والوَطْءُ حرامٌ وإن قصَدَ به الرُّجوعَ، وإذا رجَعَ ولم يأخُذِ المالَ مِن الولدِ فهو أمانةٌ في يدِه، ولا يجوزُ تعليقُ الرُّجوعِ، ولو كان الموهوبُ بَيضًا فتفرَّخَ أو حبًّا فزرَعَه الولدُ لم يرجِعْ، وهل يجوزُ الرُّجوعُ في صورةِ البيعِ قبلَ لزومِه؟ وجهانِ.

قال بعضُهم: يحتمِلُ أن يكونا مأخوذَيْنِ مِن نظيرِه في اللُّقطةِ، ولو أرادَ الرُّجوعَ في منفعتِها دونَ عيْنِها فوجهانِ، أصحُّهما كما قال القاضي أبو الطَّيِّبِ والرُّويَانِيُّ: المنْعُ؛ لأنَّ المنافعَ تابعةٌ لمِلكِ الرَّقبةِ، ولو مرِضَ الولدُ ورجَعَ الأبُ ثُمَّ ماتَ الولدُ فهل يصِحُّ رجوعُه أم لا لأنَّه صارَ مَحجورًا؟ قال بعضُهم: لم أرَه منقولًا. انتهى.

وقضيَّةُ التَّعليلِ بأنَّه صارَ مَحجورًا اختصاصُ ذلكَ بما زادَ على الثُّلُثِ، ومحَلُّ الرُّجوعِ في الصَّدقةِ كما قال البُلْقِينِيُّ[1] في المُتطوَّعِ بها غيرَ لحمِ الأضحيَّةِ، قال: وأمَّا المُتصدَّقُ به الواجِبُ في زكاةٍ أو فديةٍ أو كفَّارةٍ فلا رجوعَ

(١) «التدريب في الفقه الشافعي» (٢/ ٢٦٨).

للوالـدِ، وكذا لو كان أرسَـلَ إليه لحْمَ أضحيَّةِ تطوُّعٍ وهو فقيـرٌ أو غنيٌّ، فإنَّه لا ينبَغِي أن يرجِعَ؛ لأنَّه إنَّما يرجِعُ ليستفيدَ التَّصرُّفَ والتَّصرُّفُ في مثْلِ هذا ممتنعٌ. قال: قلْتُه تخريجًا ولـم أرَ مَن تعرَّضَ له[١]. انتهَى.

وما ذكَرَه جزَمَ به في «الأنوارِ»[٢] ومثَّل مع الزَّكاةِ بالوقْفِ عليه. وقضيَّتُه: أنَّه لا رجـوعَ فيمـا نذَرَه له أيضًا، وبـه أفْتَى بعضُ اليَمنيِّيـنَ وصوَّبَه الأزرقُ منهم، وقال بعضُهم: له الرُّجوعُ.

وخرَجَ بالهبةِ الإبراءُ فلا رجوعَ فيه، وإن قلْنا: إنَّه تمليكٌ كما في «الرَّوضَةِ»[٣].

وبكونِ الواهبِ والدًا: ما لم يكُنْ كذلكَ، ومنه ما لو وهَبَ لولدِه ثُمَّ ماتَ[٤] ولم يرِثْه إلَّا أبوه لمانعٍ في ولدِه فلا رجوعَ للجَدِّ.

وبإسنادِ الرُّجوعِ إليه وليُّه، فلو وهَبَ لابنِهِ شيئًا ثُمَّ جُنَّ فلا رجوعَ لوليِّه قطعًا.

(**وَإِذَا أَعْمَرَ شَـيْئًا**) غيرَه كـ «أعمَرْتُكَ هذا العَبـدَ» أو «وهَبْتُه» أو «جعَلْتُه لكَ عُمرَكَ» أو «حياتَكَ» أو «ما عِشْـتَ»، واقتصَرَ على ذلكَ، أو زادَ «فإذا مِتُّ فهي لورثَتِك» أو «عادَ إليَّ» أو «إلى ورثَتي» أو «فهو حُرٌّ».

(**أَوْ أَرْقَبَهُ**) غيرَه؛ كـ «أرقَبْتُك كذا» أو «جعَلْتُه لك رُقبى» أي: إن مِتَّ قبْلي عادَتْ إليَّ وإن مِتُّ قبْلَك اسـتقَرَّتْ لـكَ، وكـ «وهَبْتُها لكَ عُمرَكَ فـإنْ مِتَّ قبْلي عادَتْ إلـيَّ أو إلى زيـدٍ»، وإن مِتُّ قبْلَك اسـتقَرَّتْ لكَ (**كَانَ**) ذلكَ الشَّـيءُ (**لِلْمُعْمَرِ أَوْ لِلْمُرْقَبِ**) على صيغةِ المفعولِ، (**وَلِوَرَثَتِهِ**) ويلْغُو الشَّرطُ لإطلاقِ الصَّحيحيْنِ[٥]:

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٨٣).
(٢) «الأنوار» (٢/ ٢٢٨).
(٣) «روضة الطالبين» (٥/ ٣٨٠).
(٤) زاد في (هـ): «أي الوالد».
(٥) «صحيح البخاري» (٢٦٢٥)، و«صحيح مسلم» (١٦٢٥) من حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

«**مَنْ أُعْمِرَ عُمْرَى فَهِيَ لَهُ وَلِعَقِبِهِ**»، فإنَّها للَّذي أُعطِيها لا ترجِعُ إلى الذي أعْطَاها؛ لأنَّه أعْطَى عطاءً وقَعَتْ فيه المواريثُ.

وخبرُهما[1]: «**العُمْرى ميراثٌ لأهْلِها**»، وخبرُ أبي داودَ[2]: «**لا تُعْمِرُوا وَلَا تُرْقِبُوا، فَمَنْ أُرْقِبَ شَيْئًا أَوْ أُعْمِرَهُ فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ**».

والنَّهيُ فيه للإرشادِ؛ أي: لا تُعمِروا شيئًا طمعًا في عودِه إليكم، واعلَمُوا أنَّه ميراثٌ.

والعُمْرى مِن العُمرِ، والرُّقبى مِن الرَّقُوبِ؛ لأنَّ كلًّا منهما يرقُبُ موتَ صاحبِه، وظاهرُ كلامِ المُصنِّفِ وغيرِه أنَّه لا فرْقَ فيما تقرَّرَ بينَ العالمِ بمدلولِ هاتيْنِ الصِّيغتيْنِ وغيرِه، وقد قال الأَذْرَعِيُّ: إن كان المُعمرُ والمُرقبُ عالمًا بمدلولِ هاتيْنِ اللَّفظتيْنِ شرعًا فذاكَ، وإن كان لا يدْرِكُ معناهما ففي الحُكمِ عليه بمُقتضاهما إشكالٌ، ويشْبِهُ أن يُصدَّقَ بيمينِه إذا قال: لم أعلَمْ بمُقتضاهما شرعًا إذا كان ممَّن يخْفَى عليه ذلكَ[3]. انتَهَى.

وقولُه: (مِنْ بَعْدِهِ) لدفْعِ توهُّمِ أنَّها في الحالِ له ولورثَتِه ولِمَنْ يرِثُه بتقديرِ موْتِه، ولو وقَّتَ بعُمرِ نفْسِه أو أجنبيٍّ؛ نحو: «جعَلْتُها لكَ عُمري أو عُمرَ فلانٍ»، كان فاسدًا؛ لخروجِه عنِ اللَّفظِ المُعتادِ، ولِما فيه مِن تأقيتِ المِلْكِ لجوازِ موتِه أو موتِ فلانٍ قبلَ موتِ الموهوبِ له، بخلافِ قولِه: «عُمرَك»؛ لأنَّ الإنسانَ إنَّما يملِكُ مدَّةَ حياتِه فلا تأقيتَ فيه.



---

(١) رواه البخاري (٢٦٢٥)، ومسلم (١٦٢٥) من حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٢) «سنن أبي داود» (٣٥٥٦).

(٣) «قوت المحتاج» (٤/ ١١٠).

(فَصْلٌ)
فِي اللُّقَطَةِ

وهي ما وُجِدَ بنحْوِ مَسجِدٍ أو شارعٍ في أرضٍ بدارِ الإسلامِ، أو بها مُسلمٌ مِن حقٍّ ضائعٍ بنحْوِ سُقوطٍ أو غَفْلةٍ، محترمٍ لا يعرِفُ الواجدُ مستحِقَّه.

(**وَإِذَا وَجَدَ**) أحدٌ (**لُقَطَةً**) أي: حقًّا ضائعًا (**فِي**) أرضٍ بدارِ الإسلامِ أو بها مسلمونَ أو مسلمٌ يمكِنُ أنْ يكونَ له كما ذكَرُوه في السِّيرِ، ومثْلُه الذِّمِّيُّ كما هو ظاهرٌ.

(**مَوَاتٍ أَوْ طَرِيقٍ**) أو نحوِهما (**فَلَهُ أَخْذُهَا وَتَرْكُهَا**[1]، **وَ**) لكن (**أَخْذُهَا أَوْلَى**)؛ لِما فيه من البرِّ (**إِنْ كَانَ عَلَى ثِقَةٍ**) من نفسِه (**مِنَ القِيَامِ بِهَا**) أي: بحفظِها وعدمِ الخيانةِ فيها، فلا يجِبُ أخْذُها، وإن غلَبَ على ظنِّه ضياعُها وأمانةُ نفسِه كما يُصرحُ به كلامُ الشَّيخيْنِ[2] كما لا يجِبُ قبولُ الوديعةِ، وقضيَّتُه وجوبُ الأخْذِ هنا إذا تعيَّنَ لأخذِها كما يجِبُ القبولُ هناكَ إذا تعيَّنَ لأخذِها بل أَوْلى؛ لأنَّ الوديعةَ في يدِ مالِكها بخلافِ هذه، ولا يُنافِي ذلكَ ما ذُكِرَ عن كلامِ الشَّيخيْنِ لصحَّةِ حمْلِه على حالةِ عدمِ التَّعيُّنِ، ومِن ثَمَّ قال الزَّرْكَشِيُّ: ينبَغِي أنْ يكونَ محَلُّ الخلافِ ما إذا لم يتعيَّنْ عليه، فإن لم يكُنْ هناكَ غيرُه فليجِبِ الأخْذُ كما في الوديعةِ في الحالةِ المذكورةِ.

قال: وهذا أَوْلى بالوجوبِ فإنَّ الوديعةَ تحتَ يدِ صاحبِها، لكنْ قضيَّةُ ما بحَثَه الأَذْرَعِيُّ[3] في الوديعةِ مِن أنَّه لو تعدَّدَ قادرونَ على حفْظِها فعُرِضَتْ على

---

(١) في (ج): «أو تركها».

(٢) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٣٨)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٣٩١).

(٣) «قوت المحتاج» (٥/ ٦).

أحدِهم تعيَّنَتْ عليه؛ لأنَّها حينئذٍ فرْضُ كفايةٍ، فمَنْ عُيِّنَ له تعيَّنَ؛ لئلَّا يؤدِّيَ إلى التَّواكُلِ كما في أداءِ الشَّهادةِ. انتَهى.

وجوبُ الأخْذِ هنا وإن وُجِدَ غيرُه؛ لئلَّا يُؤدِّيَ إلى التَّواكُلِ فيلزَمُ إمَّا بطلانُ تقييدِه الوجوبَ بتعيُّنِه لها، لكنَّه حينئذٍ منافٍ لكلامِ الشَّيخيْنِ، وإمَّا بطلانُ بحْثِه المذكورِ هناكَ، وأمَّا الفرْقُ بينَ البابيْنِ بتأكُّدِ الأمْرِ بطلَبِ المالكِ، لكنَّه منافٍ لِما تقدَّم عنه مِن أولويَّةِ الوجوبِ هنا.

وقضيَّةُ ما في «الإحياءِ»[1] في كتابِ الأمرِ بالمعروفِ من قولِه: والحقُّ عندَنا أنْ يفصِّلَ ويقالُ[2]: إن كانَتِ اللُّقطةُ بمكانٍ لو ترَكَها لم تضِعْ بأن كانت بمسجدٍ أو رِباطٍ يتعيَّنُ مَن يدخُلُه وكلُّهم أمناءُ لم يجِبْ، وإن كانت في مضيعةٍ فإن كان عليه تعبٌ في حفْظِها كبهيمةٍ تحتاجُ إلى علَفٍ وإصْطَبلٍ لم يلزَمْه ذلكَ .. إلى آخره، أنَّه لا أجرةَ له هنا لمنفعةِ نفْسِه أو حرزِه، لكن أشارَ في «الخادمِ» إلى ردِّه بما ذُكِرَ في نظيرِه مِن الوديعةِ مِن أنَّ له ذلكَ.

وقد يُفرَّقُ بأنَّ الوَديعةَ في يدِ مالكِها فلا يجِبُ على غيرِه إتلافُ منفعةِ نفْسِه وحِرْزِه مجانًا بخلافِ اللُّقطة، فهي كما لو ماتَ رفيقُه وخافَ ضياعَ أمتعتِه يجِبُ عليه نقْلُها مجَّانًا؛ فليُتأمَّلْ.

وقضيَّةُ إطلاقِ المُصنِّفِ صحَّةَ التقاطِ غيرِ الواثقِ بالقيامِ بها، والفاسقِ والذِّمِّيِّ والمُرتدِّ، والرَّقيقِ والمُكاتَبِ كتابةً صحيحةً والمُبعَّضِ، والمَحجورِ عليه بصِبًى أو جُنونٍ أو سَفَهٍ، وهو كذلكَ في الجميعِ، لكن محلُّه في الرَّقيقِ إذا أذِنَ سيِّدُه، وإلَّا لم يصِحَّ التقاطُه، وإن قصَدَ به سيِّدَه.

(١) «إحياء علوم الدين» (٢/ ٣٢٨).

(٢) في (ج): «وقد يقال».

وهل إِذْنُه له في الاكتسابِ مُطلقًا إِذْنٌ في الالتقاطِ؟ وجهانِ، بحَثَ الزَّرْكَشِيُّ[1] ما حاصِلُه ترجيحُ أَوَّلِهما وفي الصَّبيِّ إن كان مميزًا كما قاله الإمامُ. قال الأَذْرَعِيُّ[2]: ومثْلُه المجنونُ.

وينزِعُ القاضي لُقطةَ الفاسقِ وتاليَيْه؛ إذ ليْسُوا أهلًا للحفْظِ، ويُسلِّمُها لعَدلٍ وأُجرتُه في بيتِ المالِ كما في «الأنوارِ»[3]، وينصِبُ مُشرفًا عليهم في التَّعريفِ فإذا تمَّ تملَّكَ الوليُّ[4] لُقطةَ المَحجورِ ويُعرِّفُها لا مِن مالِ المَحجورِ، بل يرفَعُ الأمرَ للقاضي ليبيعَ بعْضَها لمُؤنةِ التَّعريفِ، وإن كان القياسُ كما قال شيخُ مشايخِنا لزومُها للمَحجورِ؛ لِما قرَّرُوه مِن أنَّ مؤنةَ التَّعريفِ على المُتملِّكِ.

قال: ولعلَّ هذا مُستَثْنًى مِن ذاكَ ويتملَّكُها له إن رَأَى المَصلحَةَ في تملُّكِها حيثُ يجوزُ له الاقتِراضُ له، وإلَّا حفِظَها أمانةً أو سلَّمَها للقاضي.

نعَمْ يصِحُّ تعريفُ السَّفيهِ وتملُّكُه بإذْنِ وليِّه، وفي جوازِ إبقائِها بيدِه إذا كان أمينًا وجهانِ، وقد يُقالُ: الأوْجَهُ عدمُ الجوازِ؛ لأنَّ يدَه لا تصلُحُ للمالِ، فإن قصَّرَ الوَليُّ في انتزاعِها منه فتلِفَتْ أو أتلَفَها ضمِنَها الوَليُّ؛ أي: غيرُ الحاكمِ كما بحَثَه الزَّرْكَشِيُّ في مالِه أي: أصالةً لا قرارًا فقَطْ كما قال الرَّافعيُّ[5] أنَّه المفهومُ مِن كلامِ الأصحابِ مُعترِضًا به ما أفهَمَه قولُ الغزَاليِّ، فقرار الضَّمانِ على الوَليِّ، وإن صرَّحَ به ابنُ يُونسَ في «التَّعجيزِ» كما لو قصَّرَ بتَركِ ما احتطَبَه في يدِه حتَّى تلِفَ أو أتلَفَه؛ لأنَّ عليه حفْظَه، ثُمَّ يُعرِّفُ التَّالفَ ثُمَّ يتملَّكُ له قيمتَها بعدَ قبضِ الحاكمِ إيَّاها؛ إذ ما في الذِّمَّةِ لا يُمكِنُ تملُّكُه إن رَأَى المصلحةَ في تملُّكِها له كما تقدَّمَ، أي: أو يأذَنُ للسَّفيهِ في تملُّكِها حينئذٍ كما تقدَّمَ، فإن كملَ قبلَ تملُّكِ الوَليِّ

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٩٦).
(٢) «قوت المحتاج» (٤/ ١٤٥).
(٣) «الأنوار لأعمال الأبرار» (٢/ ٢٣٥).
(٤) في (ن): «والولي».
(٥) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٥٣).

تملَّكَ لنفْسِه، فإن كان في أثناءِ المدَّةِ فله التَّعريفُ كما قاله المَاوَرْدِيُّ.

والذي يظهَرُ أنَّ له التَّتميمَ على تعريفِ الوَليِّ لوقوعِه مُعتدًّا به، وإن لم يُقصِّرْ ضمِنَ المَحجورُ بالإتلافِ لا بالتَّلفِ، فإن قصَّرَ كما هو قضيَّةُ إطلاقِ الشَّيخيْنِ وغيرِهما خِلافًا لِما ذكَرَه بعضُهم واقتَضَاه كلامُ شيخِ مشايخِنا[1]، وفي كلامِ بعضِهم كالنَّاشِريِّ أنَّه يجوزُ للوَليِّ ولغيرِه أخْذُ اللُّقطةِ مِن الصَّبيِّ أو المَجنونِ على وجْهِ الالتقاطِ ليُعرِّفَها ويتملَّكَها لنفْسِه على الأصحِّ، ويَبْرأُ الصَّبيُّ أي: والمَجنونُ مِن الضَّمانِ. انتَهَى.

وظاهِرُه أنَّ ذلكَ مبنيٌّ عل الأصحِّ مِن صحَّةِ التقاطِهما أيضًا، وفيه نظرٌ؛ لأنَّه إذا صحَّ التقاطُهما فما أخَذَاه غيرُ ضائعٍ فكيفَ يصِحُّ التقاطُه! والشيخانِ[2] إنَّما ذكَرَا في ذلكَ وجهيْنِ بناءً على القولِ بعدمِ صحَّةِ التقاطِهما على وجهٍ يُشعِرُ باختصاصِه به حيثُ قالا في جملةِ التَّفريعِ على ذلكَ القولِ: أمَّا إذا قصَدَ -أي: الوَليُّ- بأخْذِ اللُّقطةِ مِن الصَّبيِّ ابتداءَ الالتقاطَ ففيه وجهانِ وليكونَا كالخلافِ في الأخْذِ مِن العَبدِ على هذا القصْدِ إذا لم نُصحِّحِ التقاطَه. انتَهَى.

ففي تخريجِ المَسألةِ على مسألةِ العَبدِ إشعارٌ بالمَنعِ على القولِ بصحَّةِ الالتقاطِ كما في مسألةِ العبدِ، ولا يخْفَى ما بينَ السَّيِّدِ والوَليِّ مِن الفرْقِ؛ فإنَّ الالتقاطَ واقعٌ للسَّيِّدِ بخلافِ الوَليِّ فهو هنا كالأجنبيِّ هناكَ، نعَمْ إن أرادُوا تخصيصَ ذلكَ بما إذا انتفت مصلحةُ المَحجورِ كان قريبًا فليُتأمَّلْ، وهي بينَ المُبعَّضِ وسيِّدِه فيُعرِّفانِها ويتملَّكانِها بحسبِ الرِّقِّ والحُرِّيَّةِ إن لم يكُنْ بينَهما مهايأةٌ، وإلَّا فهي لصاحبِ النَّوبةِ حالةَ الالتقاطِ لا حالةَ التملُّكِ، فلو تنازَعَا

---

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٨٨).

(٢) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٥٢)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٤٠٢).

فيمَن وُجدَتْ في نوبتِه صُدِّقَ المُبعَّضُ كما نصَّ عليه الشَّافعيُّ؛ لأنَّها في يدِه[١].

وقضيَّةُ هذا التَّعليلِ أنَّها لو كانت في يدِ السَّيِّدِ للقطْعِ بسبْقِ يدِ المُبعَّضِ وترتُّبِ يدِ السَّيِّدِ على يدِه فالمِلْكُ له فاليدُ له، وإن كانت تحتَ يدِ السَّيِّدِ.

قلْتُ: مُجرَّدُ سبْقِ وضْعِ المُبعَّضِ يدَه لا يستلْزِمُ كونَ اليدِ له؛ لجوازِ أنْ يكونَ وضَعَ يدَه في نوبةِ السَّيِّدِ فتكونُ اليدُ عليها له، وإن كانت تحتَ يدِ المُبعَّضِ؛ لأنَّ اليدَ في نوبةِ السَّيِّدِ على المُبعَّضِ وما في يدِه للسَّيِّدِ، فلذا لم يُنظَرْ إلى سبْقِ وضْعِ اليدِ بل للسَّيِّدِ بالفعْلِ حينَ التَّنازعِ ورجَّحْنا بها، وعلى هذا لو كانت في يدِهما أو لا في يدِ واحدٍ منهما، فالذي يظهَرُ حَلِفُ كلٍّ منهما للآخَرِ وجعْلُها بينَهما.

ثُمَّ ظاهرُ كلامِهم صحَّةُ التقاطِ المُبعَّضِ بغيرِ إذْنِ سيِّدِه مُطلقًا وإن كان بينَهما مهايأةٌ ووقَعَ الالتقاطُ في نوبةِ السَّيِّدِ، ولا يخْلُو عن إشكالٍ؛ لأنَّه في غيرِ نوبةِ نفْسِه كالقِنِّ، وخرَجَ بتفسيرِ اللُّقطةِ في كلامِ المُصنِّفِ بما تقدَّمَ ما ألقاهُ هاربٌ أو ريحٌ في حجْرِه مثلًا، ووديعةٌ خلَّفَها مُورِّثُه وجُهِلَ مالكُها، فلا يثبُتُ لذلكَ حُكمُ اللُّقطةِ مِن التَّخييرِ بينَ الأخْذِ وعدمِه والتَّعريفِ وغيرِ ذلكَ، بل يحفَظُه لأنَّه مالٌ ضائعٌ، وظاهرُ هذا الكلامِ أنَّه يستحِقُّ[٢] بحفْظِ ذلكَ، لكن يُخالِفُه ما نقَلَه الشَّيخانِ[٣] عنِ الإمامِ في إحياءِ المَواتِ وأقرَّاهُ: أنَّ أمرَ المالِ الضَّائعِ إلى الإمامِ. ويُمكِنُ أن يُجابَ بتخصيصِ ذلكَ بغيرِ هذه الصُّورةِ لمزيدِ العُلقَةِ فيها به، أو يُحمَلُ هذا على ما إذا تعذَّرَ الإمامُ ونائبُه، أو على أنَّ المُرادَ أنَّه يحفَظُه بعدَ استئذانِ الإمامِ.

ويكونِ الأرضِ بدارِ الإسلامِ أو بها مسلمٌ أو ذمِّيٌّ على ما تقدَّمَ: ما لو كانت

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٨٨).

(٢) في (هـ): «يختص».

(٣) «الشرح الكبير» (٦/ ٢٠٨)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٢٧٩).

بدارِ الحَربِ وليس بها مَن ذُكِرَ فلُقطةُ المُسلِمِ بها غنيمةٌ خمُسُها لأهلِ الخُمسِ والباقي له.

وبكونِها مواتًا أو نحوَه: ما لو لم تكُنْ كذلكَ كالأرضِ المملوكةِ، فليس ما وُجِدَ فيها لُقطةٌ، بل هو لذي اليدِ وإن لم يدَّعِه فلذي اليدِ قبْلَه، وهكذا إلى المُحيِي فهو له، فإنْ نفَاهُ عن نفسِه فهو لقطةٌ، نعَمْ مَن وجَدَ درهمًا في بيتِه ولم يدْرِ أهوَ له أو لِمَنْ دخَلَ بيتَه فعليه تعريفُه لمَنْ يدخُلُ بيتَه كاللُّقطةِ كما قاله القَفَّالُ[1].

(**وَإِذَا أَخَذَهَا**) أي: اللُّقطةَ واجدُها (**عَلَيْهِ أَنْ يَعْرِفَ**) بفتحِ الياءِ عقِبَ أخْذِها كما قاله المُتولِّي وغيرُه (**سِتَّةَ أَشْيَاءَ**):

(١) (**وِعَاءَهَا**) مِن جلْدٍ أو خِرقةٍ أو غيرِهما،

(٢) (**وعِفَاصَها**) كذا في «التَّنبيه»[2]، قال النَّوويُّ في «تحريره»[3]: قال الخطَّابيُّ: أصْلُه الجِلدُ الذي يلبِسُ رأسَ القارورةِ، وقال المُصنِّفُ في «المُهذَّبِ»[4] والجمهورُ: والعِفاصُ الوعاءُ وكلاهما صحيحٌ، ويتعيَّن حمل كلام المُصنِّف رحِمَه اللهُ تعالى هنا على الأوَّلِ؛ لأنَّه جمَعَ بينَ الوَعاءِ والعِفاصِ. انتْهَى.

(٣) (**وَوِكاءَهَا**) أي: خيطَها المشدودةَ به.

(٤) (**وَجِنْسَهَا**) من ذهبٍ أو فضَّةٍ أو غيرِهما.

(٥) (**وَعَدَدَهَا**) فيما يُعدُّ كالدَّراهمِ والدَّنانيرِ.

(٦) (**وَوَزْنَهَا**) فيما يوزَنُ كالسَّبائكِ، وكَيلَها فيما يُكالُ كالحُبوبِ والأدهانِ، وذَرْعَها فيما يُذْرَعُ كالثِّيابِ، ويجمَعُ ذلكَ قولُ غيرِه: «وقدْرَها» أي: بكيلٍ أو

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٩٠).

(٢) «التنبيه في الفقه الشافعي» (ص ١٣١).

(٣) «تحرير ألفاظ التنبيه» (ص ٢٣٥).

(٤) «المهذب» (٢/ ٣٠٤).

وزنٍ أو عَـدٍّ أو ذَرعٍ، روى الشَّـيخانِ[1] قولَـه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ لسـائلِه عـن لُقطةِ الذَّهبِ أو الوَرِقِ: «**اعْرِفْ وكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً**». وقِيسَ على معرفةِ خارجِها فيه معرفةُ داخلِها، وذلكَ ليعرِفَ صدْقَ واصفِها.

وقولُه: «وإذا أخَذَها» متعلِّـقٌ بالظَّرفِ بعدَه، وقولُه: «عليه أن يَعْرِفَ» ظاهرُه الوجوبُ، وعليه مَشَى ابنُ الرِّفْعَةِ، ومَشَى جمْعٌ على النَّدبِ، واستنبَطَه المُحقِّقُ المَحلِّي[2] مِن أنَّ ذكْرَ بعضِ الصِّفاتِ في التَّعريفِ مستحَبٌّ، وقيل: شرطٌ.

ويُسـتحَبُّ أنْ يُشـهِدَ علـى الالتقـاطِ ولا يجِـبُ، ويذكُرُ في الإشـهادِ بعضَ الصِّفـاتِ ولا يسـكُتُ عنها ليكونَ في الإشـهادِ فائـدةٌ، ولا يحرُمُ اسـتيعابُها بل يُكْرَهُ، كما نقَلَه القَمُوليُّ عنِ الإمامِ[3] وجزَمَ به في «الأنوارِ»[4]، ومحَلُّ استحبابِ الإشـهادِ إذا لم يكُنِ السُّـلطانُ بحيثُ إذا علِمَ بها أخَذَهـا، وإلَّا امتنَعَ كالتَّعريفِ كما جزَمَ به النَّوويُّ في «نُكتِه»، فإن خالَفَ ضمِنَ.

وقضيَّةُ عدمُ تحريمِ الاستيعابِ عدمُ الضَّمانِ به، بخلافِ الضَّمانِ باستيعابِها في التَّعريفِ لحرمةِ الاستيعابِ هناك كما سيأتي.

(**وَيَحْفَظُهَا فِي حِرْزِ مِثْلِهَا**) وجوبًا كسائرِ الأماناتِ، (**ثُمَّ إِذَا أَرَادَ تَمَلُّكَهَا عَرَّفَهَا**) وجوبًا في بلدِ الالتقاطِ أو قريته أو أقربِ البلادِ إلى موضعِه مِن الصَّحراءِ، بنفْسِه أو نائبِـه، ولا يكْفِـي تعريفُ مشـهورٍ بالخَلاعةِ والمُجونِ. قال ابـنُ الرِّفْعَةِ: ولا يُشترَطُ فيه الأمانةُ إذا حصَلَ الوُثوقُ بقوْلِه.

(**سَـنَةً**)؛ للحديثِ السَّـابقِ، ويُقاسُ بما فيه غيرُه (**عَلَى أَبْوَابِ المَسَاجِدِ**) عندَ خـروجِ النَّاسِ مِن الجَماعـاتِ وفي مجامعِ النَّاسِ، (**وَ**) يكثِرُ منـه (**فِي المَوْضِعِ**

---

(١) رواه البخاري (٢٤٣٦)، ومسلم (١٧٢٢).
(٢) «كنز الراغبين» (٣/ ١١٧).
(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٨٧).
(٤) «الأنوار» (٢/ ٢٣٥).

الَّذِي وَجَدَهَا فِيهِ)؛ لأنَّ طلَبَ الشَّيءِ في مكانِه أكثرُ.

فإن أرادَ سفرًا استنابَ بإذْنِ الحاكمِ مَن يحفَظُها ويُعرِّفُها، فإن سافَرَ بها أو استنابَ بغيْرِ إذْنِ الحاكمِ مع وجودِهِ ضمِنَ، ولوِ التقَطَ في الصَّحراءِ وهناكَ قافلةٌ تبِعَها وعرَّفَ فيها، وإلَّا ففي مقصِدِه وإن بعُدَ أو غيرِ قصْدِه إليه حتَّى لو قصَدَ ابتداءً بلدةً ثُمَّ قصَدَ أُخرى ولو بلدتَه التي سافَرَ منها لزِمَه التَّعريفُ فيها.

وينبَغِي ألَّا يكونَ المُرادُ في صورةِ القافلةِ أنَّه يجِبُ عليه أن يتْبَعها وإن لزِمَ العُدولُ عن مقصِده أو محَلِّ إقامتِه بالصَّحراءِ؛ لِما في ذلكَ مِن الضَّررِ الذي لا يُحتمَلُ، بل أنَّه يُعرِّفُ فيها ما دامَتْ هناك، فإنْ ذهَبَت إلى غيرِ مَقصدِه فإنْ شاءَ تبِعَها وعرَّفَ فيها وإن شاءَ ذهَبَ إلى مقصِدِه وعرَّفَ فيه.

وأشارَ بقولِه: «على أبوابِ المساجدِ» إلى أنَّه لا يُعرِّفُ في المَساجدِ وهو كذلكَ كما لا تُطلَبُ اللُّقطةُ فيها أي: يُكرَهُ التَّعريفُ فيها كما جزَمَ به في «شرحِ المهذَّبِ»[1] وقال الإِسْنَوِيُّ: إنَّه المنقولُ، أو يحرُمُ كما اقْتَضَاه كلامُ «الرَّوضَةِ»[2] و«أصْلِها»[3]، وقال الأَذْرَعِيُّ[4]: إنَّه المنقولُ، والصَّوابُ للأحاديثِ الظَّاهرةِ فيه، وبه صرَّحَ المَاوَرْدِيُّ[5] وغيرُه.

ولعلَّ النَّوويَّ لم يُرِدْ بإطلاقِ الكراهةِ كراهةَ التَّنزيهِ. قال: ويجِبُ أنْ يكونَ محَلُّ التَّحريمِ أوِ الكراهةِ إذا وقَعَ ذلكَ برفْعِ الصَّوتِ كما أشارَتْ إليه الأحاديثُ، أمَّا لو سأَلَ الجَماعةَ بدونِ ذلكَ فلا تحريمَ ولا كراهةَ. ويُستَثْنى المسجدُ الحرامُ، فالتَّعريفُ فيه مباحٌ، وأُلحِقَ به مسجدُ المدينةِ والأقْصَى.

---

(١) «المجموع شرح المهذب» (١٥/ ٢٥٦). (٢) «روضة الطالبين» (٥/ ٤٠٩).
(٣) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٦٣). (٤) «قوت المحتاج» (٤/ ١٦٤).
(٥) «الحاوي الكبير» (٨/ ١٣).

ولا يجِبُ استيعابُ السَّنةِ بالتَّعريفِ، بل يُعرِّفُ على العادةِ، فيُعرِّفُ أولًا كلَّ يومٍ طرَفَيِ النَّهارِ، ثُمَّ كلَّ يومٍ مرَّةً، ثُمَّ كلَّ أسبوعٍ مرَّةً أو مرَّتيْنِ، ثُمَّ كلَّ شهرٍ كذلك بحيثُ لا ينْسَى أنَّه تكرارٌ لِما مَضَى.

وسكَتَ الشَّيخانِ عن مقدارِ المُددِ، وفي «التَّهذيبِ»[1] ذكْرُ الأسبوعِ في المُدَّةِ الأُولَى ويُقاسُ بها الثَّانيةُ، وقدَّرَ[2] بعضُ المُتأخِّرين الثَّالثةَ بسبعةِ أسابيعَ والرَّابعةَ ببقيَّةِ السَّنةِ، وحكى الزَّرْكَشِيُّ بصيغةِ «قيلَ»: أنَّ مرادهَم بكلِّ مدَّةٍ مِن الأربعِ ثلاثةُ أشهرٍ.

وفي قولِهم: «بحيثُ لا يُنْسَى» إلى آخره إشارةٌ إلى ضابطِ الفصْلِ بينَ كلِّ تعريفيْنِ، وقد يُتوهَّمُ أنَّ هذا مخالفٌ لِما يأتي مِن جوازِ تفريقِ السَّنةِ، وهو خطأٌ، فإنَّ الكلامَ هنا فيها بحسبِ المجموعِ مع الفاصلِ فيه بخلافِ ذاكَ.

ولا مُوالاتُها حتَّى لو فرَّقَها فعرَّفَ شهرًا وترَكَ شهرًا وهكذا إلى تمامِ السَّنةِ كَفَى في الأصحِّ، وقيَّدَه الإمامُ بما إذا لم يُؤَدِّ ذلكَ إلى نسيانِ النُّوبِ السَّابقةِ، وإلَّا فلا يجوزُ قطعًا، وبأنْ يبيِّنَ في التَّعريفِ زمَنَ الوُجدانِ حتَّى يكونَ ذلكَ في مقابلةِ ما جَرَى مِن التَّأخيرِ السَّابقِ المُنسِيِّ ولا المُبادرةِ إلى التَّعريفِ عقِبَ الأخْذِ، ولا عقِبَ إرادةِ التَّملُّكِ[3].

ويُستحَبُّ أن يذكُرَ في التَّعريفِ بعضَ صفاتِها ولا يستوعِبَها؛ لئلَّا يعتمدَها كاذبٌ، فإن استوعَبَها ضمِنَ، فعُلِمَ أنَّه يحرُمُ استيعابُها، وبه صرَّحَ الأَذْرَعِيُّ[4].

ومحَلُّ وجوبِ التَّعريفِ سنةً في غيرِ القليلِ، وهو ما يكثُرُ الأسَفُ عليه

---

(١) «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٤/ ٥٤٩).
(٢) في (هـ): «وقاس».
(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٩٢).
(٤) «قوت المحتاج» (٤/ ١٦٩).

ويطـولُ طلَبُه غالبًـا، أمَّا القليلُ فإن لم يكُنْ متموِّلًا كحبَّةِ الحِنطةِ لم يُعرَّفْ، بل لواجدِه الاستبدادُ به.

نعَـمْ إن فُرِضَ تقـوُّمُ نحْوِ الثَّمـرةِ لنحْوِ شـدَّةِ جوعٍ عـرَّفَ، وإن كان متموَّلًا عرَّفَـه إلى أن يظُنَّ إعراضَ صاحبِه عنـه غالبًا، ويختلِفُ ذلكَ باختلافِ الأموالِ والمُلَّاكِ، وكذا الأحوالُ كما هو ظاهرٌ.

وأفهَمَ قولُه: «إذا أرادَ تملُّكَها» أنَّه إذا أرادَ حفْظَها أبدًا لم يجِبْ عليه تعريفُها، وهو ما قاله الأكثرون، وصحَّحَ الإمامُ والغَزاليُّ وجوبَه[1]، وفي «الرَّوضَةِ»[2] أنَّه الأَقْوى والمُختارُ، وصحَّحَه في «شرحِ مُسلمٍ»[3].

والـكلامُ في غيرِ لُقطةِ حـرَمِ مكَّةَ، أمَّا هي فلا نزاعَ في أنَّه لا يَجوزُ التقاطُها إلَّا للحفْظِ، وأنَّه يجِبُ تعريفُها أبدًا وإن كانت حقيرةً كما هو ظاهرُ إطلاقِهم.

قال في «الرَّوضَةِ»[4]: ويلزَمُه الإقامةُ بها للتَّعريفِ أو دفعُها إلى الحاكمِ.

نعَمْ إن كانت غيرَ متموَّلةٍ فيتَّجِهُ عدمُ وجوبِ تعريفِها وجوازُ الاستبدادِ بها.

ومُؤنةُ التَّعريفِ على الملتقطِ إن قصَدَ التَّملُّكَ وإن لم يتملَّكْ ولو بعدَ التقاطِه بقصْـدِ الحفْظِ أو بلا قصْدٍ، فإن قصَدَ الحفْـظَ ولو بعدَ التقاطِه بقصْدِ التَّملُّكِ أو بلا قصْدٍ فهي في بيتِ المالِ، فإن لم يكُنْ فيه سعةٌ فعلى المالكِ بأنْ يقترِضَ عليه الحاكـمُ منه أو مِن غيرِه أو يأمُـرَه بصرْفِها ليرجِعَ، وقضيَّةُ كلامِ الشَّـيخيْنِ[5] أنَّ وجوبَها على بيتِ المالِ إنفاقٌ لا اقتراضٌ. قال الأَذْرَعِيُّ: وهو الأقرَبُ، وقضيَّةُ

---

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٩١).

(٢) «روضة الطالبين» (٥/ ٤٠٩).

(٣) «شرح النووي على مسلم» (١٢/ ٢٢).

(٤) «روضة الطالبين» (٥/ ٤١٣).

(٥) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٦٢)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٤٠٨).

كلامِ ابنِ الرِّفْعَةِ[١] أنَّه إقراضٌ.

(**فَـإِنْ**) عرَّفَها بقصْدِ التَّملُّكِ و(**لَمْ يَجِدْ صَاحِبَهَا**) بعدَ تمامِ التَّعريفِ (**كَانَ لَهُ**) غنيًّا كان أو فقيرًا (**أَنْ يَتَمَلَّكَهَا**) باللَّفظِ كـ «تملَّكْتُ» وفي معناه إشـارةُ الأخرسِ، وتكْفِـي الكتابـةُ مع النِّيَّةِ، ولو كانت ممَّا لا يملَكُ كخمـرٍ وكلْبٍ فلا بدَّ ممَّا يدُلُّ على نقْلِ الاختصاصِ مِن[٢] لفْظٍ أو نحْوِه كما بحَثَه ابنُ الرِّفْعَةِ.

قال شيخُ مشايخِنا[٣]: والظَّاهرُ أنَّ ولَدَ اللُّقطةِ كاللُّقطةِ إن كانت حاملًا به عندَ التقاطِها وانفصَلَ منها قبلَ تملُّكِها، وإلَّا ملَكَه تبعًا لأمِّه، وتقدَّمَ أنَّ الوَليَّ يتملَّكُ لمَحجـورِه إن رَأَى المصلحَةَ في تملُّكِه حيـثُ يجوزُ الاقتراضُ له، وعلى قياسِ ذلـكَ يُنقَلُ الاختصاصُ لـه إذا كانت ممَّا لا يملكُ لكن ينبَغِي أنْ يكونَ الشَّـرطُ هنـا مُجرَّدَ عدمِ الضَّررِ فيه، فإن عرَّفَهـا لا بقصْدِ التَّملُّكِ ثُمَّ بَدَا له التَّملُّكُ عرَّفَها مِن حينئذٍ، ولا يُعتَدُّ بما سبَقَ، بخلافِ ما لو عرَّفَها بقصْدِ التَّملُّكِ فلا تجِبُ إعادةُ التَّعريفِ فيما يظهَرُ.

وقولُه: (**بِشَـرْطِ الضَّمَانِ**) أي: لصاحبِها إذا ظهَرَ بعـدَ تملُّكِها بأنْ يرُدَّها عليه بالتَّخليةِ بينَهما، ولو قَبلَ طلَبَه إن أثبَتَ ملْكُه أو أقرَّ هو له مع زيادتِها إلَّا المنفصلةَ الحادثةَ بعدَ التَّملُّكِ كحَمْلٍ حدَثَ بعدَه وإن لم ينفَصِلْ، ومع أرْشِ عيبٍ حدَثَ بعـدَه إن كانت باقيةً ولم يتعلَّـقْ بها حقٌّ لازمٌ ولم يرْضَ المالكُ ببدَلِها، فلو ظهَرَ بعـدَ بيعِهـا في زمنِ خيارٍ لا يخصُّ المُشـتَري فله فسْـخُ البيعِ، أو يدفَـعُ له مثْلَها في المِثليَّـةِ وقيمتَهـا يومَ التَّملُّكِ في المُتقوَّمةِ إن كانت تالفَـةً، والمُرادُ بيانُ ثبوتِ الضَّمانِ بحكمِ الشَّرعِ على الوجْهِ المَذكورِ، لا احتياجُ التَّملُّكِ إلى إنشاءِ التزامٍ، ولـو ماتَ قبلَ التَّملُّكِ وورِثَـه نحْوُ صبيٍّ أو بيتُ المالِ فهـل ينتَقِلُ حقُّ التَّملُّكِ

---

(١) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١١/ ٤٢٧).

(٢) في (ج) (ن): «عن».

(٣) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٩٤).

للصَّغيـرِ في الأُولـى فلِوليِّه أن يتملَّكَ له وللمسـلمين في الثَّانيةِ فللإمـامِ التَّملُّكُ لهم؟ تردَّدَ فيه الزَّرْكَشِيُّ ولا يبعُدُ الانتقالُ.

(واللُّقَطَةُ) منقسِمةٌ (عَلَى أَرْبَعَةِ أَضْرُبٍ) جمْعُ ضَرْبٍ بالسُّكونِ أي: نوعٍ:

(أَحَدُهَا: مَا يَبْقَى عَلَى الدَّوامِ) المُعتادِ بلا عِلاجٍ بأنْ يكونَ ممَّا لا يُسرِعُ فسادُه كالثِّيابِ والأواني والنُّقودِ، وليس حيوانًا بدليلِ ما يأتي.

(فَهـذَا) المذكورُ مِـن تعريفِه ثُمَّ تملُّكِـه إن لم يجِدْ صاحبُه بشـرطِ الضَّمانِ (حُكْمُهُ) ليس له إلَّا ذلك.

(وَالثَّانِـي: مَـا لا يَبْقَى) على الـدَّوامِ المُعتادِ بعلاجٍ ولا غيـرِه، بأنْ يكونَ ممَّا يُسـرِعُ فسـادُه (كَالطَّعَامِ الرَّطْبِ) بفتحِ الرَّاءِ كالهَريسـةِ، وكالرُّطـبِ بضمِّ الرَّاء الـذي لا يتجفَّفُ، فيجوزُ أخْذُه للحفْـظِ وللتَّملُّكِ، فإن أخَـذَه للحفْظِ فالظَّاهرُ تعيُّـنُ الخصلـةِ الثَّانيـةِ الآتيـةِ، وإن أخَذَه للتَّملُّـكِ (فَهُوَ مُخَيَّـرٌ بَيْـنَ أَكْلِهِ) بعدَ تملُّكِـه في الحالِ (وَغُرْمِهِ) أي: غُـرمِ بدَلِه لصاحبِه عندَ ظهـورِه، (أَوْ بَيْعِهِ) بإذْنِ الحاكـمِ إن وجَدَه (وَحِفْظِ ثَمَنِهِ) سـواءٌ في ذلكَ وجَـدَه في مفازةٍ أو عمرانٍ، ولا يتأتَّى إمسـاكُه لتعذُّرِه، ثُـمَّ بعدَ الأكْلِ أو البيعِ يجِبُ تعريـفُ المأكولِ أو المَبيعِ لا القيمـةَ والثَّمـنَ إن وجَدَه في العُمـرانِ، فإن وجَدَه في الصَّحـراءِ قال الإمامُ في صـورةِ الأكْلِ: فالظَّاهـرُ أنَّه لا يجِـبُ التَّعريفُ؛ لأنَّه لا فائدةَ فيـه، حَكَاه عنه في «الرَّوضَةِ»[٤] و«أصْلِها»[٥]، وصحَّحَه في «الشَّرحِ الصَّغيرِ».

قـال الأَذْرَعِـيُّ[٦]: لكنِ الـذي يفهِمُه إطلاقُ الجُمهورِ أنَّـه يجِب أيضًا، قال: ولعلَّ مرادَ الإمامِ أنَّها لا تُعرَّفُ بالصَّحراءِ، لا مُطلقًا. انتَهى. أي: كما يرشِدُ إليه

(٤) «روضة الطالبين» (٥/ ٤١١).
(٥) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٥٥).
(٦) «قوت المحتاج» (٢/ ١٥٩).

تعليلِه فتعرَّفُ في العُمرانِ إذا انتقَلَ إليها، وفي الصَّحراءِ إذا دخَلَها النَّاسُ.

وما ذُكِرَ عنِ الإمامِ وغيرِه في الأكْلِ يتَّجِهُ جريانُه في البيعِ أيضًا لوجودِ المعنى الذي ذكَرَه، ولا يُنافِي ذلكَ أنَّ البيعَ يستلزِمُ وُجودَ المشتري هناك كما لا يخْفَى على أنَّ البيعَ يُتصوَّرُ مع عدمِه هناكَ بنحْوِ المُكاتَبةِ، وليس المُراد هنا وفيما يأتي التَّخييرُ بالتَّشهِّي بل عليه فعْلُ الأَحظِّ كما بحَثَه في «المُهمَّاتِ»[١]، والتعبيرُ بـ «أو» بعدَ «بينَ» مما يجْرِي على الألسنةِ، والقويمُ الواوُ[٢].

ولا يجِبُ هنا ولا فيما يأتي إفرازُ القيمةِ المَغرومةِ إلَّا عندَ تملُّكِها لعدمِ صحَّةِ تملُّكِ الدَّينِ، فإنْ أفرزها ولو بغيرِ إذْنِ الحاكمِ إن لم يجِدْه صارَتْ أمانةً، ويتملَّكُها بعدَ التَّعريفِ.

قال الشَّيخانِ[٣]: وهذا يقتَضِي صيرورةَ المُفرزِ ملْكًا لمالكِ اللُّقطةِ، ولهذا لو تلِفَ بلا تفريطٍ سقَطَ حقُّه، والمُعتبَرُ في القيمةِ قيمةُ يومِ الأخْذِ إن قصَدَ الأكْلَ، وقيمةُ يومِ الأكْلِ إن قصَدَ التَّعريفَ أي: قبلَ الأكْلِ.

(**وَالثَّالِثُ: مَا يَبْقَى**) على الدَّوامِ المُعتادِ (**بِعِلَاجٍ؛ كَالرُّطَبِ**) الذي يُتجفَّفُ بضمِّ الرَّاءِ، وكاللَّبَنِ الذي يُتَّخَذُ أَقِطًا (**فَيَفْعَلُ**) المُلتقطُ وجوبًا (**مَا فِيهِ المَصْلَحَةُ**) لصاحبِه (**مِنْ بَيْعِهِ**) رَطبًا بإذْنِ الحاكمِ إن وجَدَه (**وَحِفْظِ ثَمَنِهِ أَوْ تَجْفِيفِهِ وَحِفْظِهِ**) ثُمَّ إن تبرَّعَ المُلتقطُ أو غيرُه بتجفيفِه وإلَّا بيعَ بعضُه لتجفيفِ الباقي إن ساوَى مُؤنةَ التَّجفيفِ، بخلافِ ما يأتي في الحيوانِ مِن أنَّه يُباعُ كلُّه.

قال الرَّافعيُّ[٤]: لأنَّ علْفَه يتكرَّرُ فيُؤدِّي إلى أن يأكُلَ نفْسَه، فإنِ استَوَى الأمرانِ أعني البيعَ والتَّجفيفَ فكما لو كانَتِ المَصلحةُ في التَّجفيفِ كما صرَّحَ

---

(١) «المهمات» (٦/ ٢٨٧).

(٢) في (هـ): «بالواو».

(٣) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٦٨)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٤١٢).

(٤) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٦٨).

به شيخُ مشايخِنا(١) وهو ظاهرٌ للمُحافظَةِ على بقاء العيْنِ بقدْر الإمكانِ، ثُمَّ بعدَ البيعِ أو التَّجفيفِ يُعرِّفُه، ويظهَرُ جوازُ التَّعريفِ أيضًا قبلَهما ومعَهما؛ لأنَّ المُعرَّفَ الرُّطبَ كما هو ظاهرٌ، وليس له الأكْلُ في الحالِ كما أفهَمَه كلامُه وإن خالَفَ فيه بعضُ الأصحابِ.

(**وَالرَّابعُ: مَا يَحْتَاجُ إِلَى نَفَقَةٍ كَالحَيَوَانِ**) غيرِ الآدميِّ (**وَهُوَ**) أي: الحيوانُ (**ضَرْبَانِ**):

أحدُهما: (**حَيَوَانٌ لَا يَمْتَنِعُ بِنَفْسِهِ**) من صِغارِ السِّباعِ؛ كالذِّئبِ والنَّمِرِ والفهْدِ، كشاةٍ وعِجلٍ وفَصيلٍ وجَحشٍ، فيجوزُ أخْذُه للتَّملُّكِ والحفْظِ، وجَدَه في صحراءَ أو حضَرٍ صيانةً له عنِ الخَونةِ والسِّباعِ، فإنْ أخَذَه للحفْظِ فالظَّاهرُ أنَّه مخيَّرٌ بينَ ما عدا الأُولَى مِن الخصالِ الآتيةِ.

وإن أخَذَه للتَّملُّكِ فإن كان مِن مَفازةٍ (**فَهُوَ مُخَيَّرٌ**) فيه (**بَيْنَ أَكْلِهِ**) في الحالِ بعدَ تملُّكِه إن كان مأكولًا، (**وَغُرْمِ ثَمَنِهِ**) لصاحبِه عندَ ظهورِه، وله تملُّكُه إذا أفرَزَه بعدَ التَّعريفِ وما اقْتَضَاه كلامُه كالشَّيخيْنِ(٢) مِن عدمِ وجوبِ التَّعريفِ هنا هو الظَّاهرُ عندَ الإمامِ. قال: لأنَّه لا فائدةَ فيه في الصَّحراءِ، والمُتَّجِهُ حمْلُه على ما تقدَّمَ في الضَّربِ الثَّاني.

على أنَّ هذا التَّعليلَ جارٍ فيما يأتِي مِن الخَصلتيْنِ الأخيرتيْنِ مع عدمِ ذكْرِهم كلامَ الإمامِ هذا فيهما، والأوْجَهُ إجراءُ كلامِه فيهما أيضًا مع حمْلِه على ما تقدَّمَ أيضًا؛ إذ لا معنى لوجوبِ التَّعريفِ في المَفازةِ في سائرِ الخصالِ حيثُ خلَا عنِ الفائدةِ لعدمِ اليأسِ هناكَ، نعَمْ صاحبُ «الوافي» حَكَى عدمَ

---

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٩٤).

(٢) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٥٥)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٤١١).

الوجوبِ عنِ المَاوَرْدِيِّ، ووجَّهَهُ بأنَّ البدلَ بعدَ الأكلِ لازمٌ له، وأنَّه لا يتملَّكُ، والتَّعريفُ يُرادُ للتَّملُّكِ[1]، فهو بمنزلةِ الإمساكِ لأصْلِ اللُّقطة. انتَهى.

ويُمكِنُ الفـرْقُ بينَ هذهِ الخَصلةِ واللَّتيْنِ بعدَها عنِ الإمامِ، لكن لا يخْفَى ما فيه؛ لأنَّ إمسـاكَ أصْلِ اللُّقطةِ لا يقتَضِي عدمَ وجوبِ التَّعريفِ، والمُراد بالثَّمنِ هنا قيمتُه يومَ الالتقاطِ إن أُخِذَ للأكْلِ ويومَ الأكلِ إن أُخِذَ للتَّعريفِ.

(أَوْ تَرْكِهِ) أي: إمساكِه سواءٌ كان مأكولًا أم لا، **(والتَّطَوُّعِ بِالإِنْفاقِ عَلَيْهِ)** فإن أرادَ الرُّجـوعَ به فلينفِقْ بإذْنِ الحاكمِ، فإن لم يجِدْ أشـهَدَ ثُمَّ يتملَّكُه بعدَ تعريفِه، ولعـلَّ محلَّـه إذا لم يتأَتَّ إيجـارُه وإلَّا أُوجِرَ وأنفَقَ عليه مِـن أُجرتِه إن لم يتبرَّعْ بإنفاقِه وحفْظِ الفاضلِ.

وهل له الاستقلالُ بإيجارِه مع وجودِ الحاكمِ؟ فيه نظرٌ.

(أَوْ بَيْعِـهِ) كذلكَ بإذْنِ الحاكمِ إن وجـدَه **(وَحِفْظِ ثَمَنِهِ)** ثُمَّ يتملَّكُ الثَّمنَ بعدَ تعريـفِ المَبيـعِ وإن كان أخَذَه مِن الحضَـرِ فهو مخيَّرٌ بيـنَ الأخيرتيْنِ فقَطْ عندَ الأكثرين، فتمتنِعُ الأُولى لسُـهولَةِ البيعِ في الحضَرِ بخلافِ المَفازةِ، فقد لا يجِدُ فيها مَن يشتري ويشُقُّ النَّقلُ.

(٢) **(وَحَيَوَانٌ يَمْتَنِعُ)** مِن صِغارِ السِّباعِ **(بِنَفْسِهِ)** بأن يمتنِعَ بقوَّتِه كبعيرٍ وفرسٍ وحمـارٍ، أو بعَدْوِه كأرنبٍ وظَبيٍ، أو بطَيرانِه كحَمامٍ، **(فَإِنْ وَجَدَهُ فِي الصَّحْرَاءِ)** أي: البَرِيَّـةِ في غيرِ زمَنِ نهبٍ ونحْوِه **(تَرَكَهُ)** وجوبًا، فيمتنِعُ أخْذُه لتملُّكِه؛ للنَّهيِ عنـه حينئذٍ في خبَـرِ الصَّحيحيْنِ[2]، فإن أخَـذَه كذلكَ ضمِنَه، ولا يبْـرَأُ بردِّه إلى موضعِه، فإن دفعَه إلى القاضي برِئَ كما في الغصْبِ، أمَّا أخْذُه لحفْظِه مُطلقًا أو

(١) في (ج): «للتمليك».

(٢) رواه البخاري (٩١)، ومسلم (١٧٢٢) من حديث زيد بن خالد الجهني رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ.

لتملُّكِه في زمنِ نَهبٍ ونحْوِه فجائزٌ للحاكمِ وغيرِه. وينبَغِي أن يجريَ في القسميْنِ التَّخييرُ الآتي فيهما في الحضَرِ.

(**وَإِنْ وَجَدَهُ فِي الحَضَرِ**) أي: في قريةٍ أو بلدةٍ أو بقرْبِهما ولو في زمنِ أمنٍ، فله أخْذُه للتَّملُّكِ وللحفْظِ خشيةَ ضياعِه لعَدمِ وجدانِه ما يكْفِيه، وبامتدادِ اليدِ الخائنةِ إليه لعُمومِ طروقِ النَّاسِ في الحضَرِ، بخلافِه في الصَّحراءِ، فإن أخَذَه للحفْظِ فالظَّاهرُ أنَّه يُخيَّرُ بينَ ما عدا الأولى ممَّا سيأتي.

وإن أخَذَه للتَّملُّكِ (**فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ**) المُتقدِّمةِ فيما لا يمتنِعُ، وقوله (**فِيهِ**) متعلِّق بـ «مُخيَّر»، نعم تجويزُ الأولى له هنا لا يأتي على قولِ الأكثرينَ السَّابقِ فيما لا يمتنِعُ كما هو ظاهرٌ، وقضيَّةُ كلامِ المُصنِّفِ أنَّه لا يجوزُ بيعُ جزءِ الحيوانِ لنفقَةِ باقيه، وهو ما حكاه الإمامُ احتمالًا عن شيخِه؛ لأنَّه يُؤدِّي إلى أن يستغرِقَ نفْسَه، وقطَعَ به أبو الفرجِ البزَّازُ[1]، قال: ولا يقترِضُ على المالكِ أيضًا لهذا المعنى.

واعترَضَه الرَّافعيُّ بهرَبِ الجمالِ ونحْوِه، وفرَّقَ النَّوويُّ بتعذُّرِ البيعِ ثمَّةَ؛ لتعلُّقِ حقِّ المُكتَري بخلافِه هنا، فيمتنِعُ الإضرارُ بالمالِكِ بلا ضرورةٍ[2]، ونقَلَا في «الرَّوضَةِ»[3] و«أصْلِها»[4] عنِ الإمامِ قبلَ ما تقدَّمَ عن شيخِه وغيرِه جوازَ بيعِ الجُزءِ، ومِن فرْقِ النَّوويِّ المذكورِ مع ما تقدَّمَ عنِ الرَّافعيِّ في الضَّربِ الثَّالثِ يُؤخَذُ أنَّهما يُوافقانِ البزَّازَ[5] في منْعِ الاقتِراضِ وبيعِ الجزءِ هنا دونَ الإمامِ، وهو ما جزَمَ به ابنُ المُقرئِ في الأُولى واقتَضَاه كلامُه في الثَّانيةِ.

---

(١) كذا في النسخ. والذي في مصادر ترجمته: «الزاز»، وكذا سيأتي في موضع من هذا الكتاب، وهو أبو الفرج الزاز عبد الرحمن بن أحمد السرخسي ترجمته في «طبقات الشافعية الكبرى» (٥/ ١٠١).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٠٢).

(٣) «روضة الطالبين» (٥/ ٤٠٨).

(٤) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٦٢).

(٥) كذا في النسخ. وسبق التنبيه عليه قبل أسطر.

وقال الأَذْرَعِيُّ فيها: إنَّه الوجهُ. لكن ذكَرَا في «الرَّوضَةِ»[١] و«أصْلِها»[٢] قبيلَ ذلكَ أيضًا أنَّه إذا أمسَكَ اللُّقطةَ وتبرَّعَ بالإنفاقِ فذاكَ، وإن أرادَ الرُّجوعَ فلينفِقْ بإذْنِ الحاكمِ، فإن لم يجِدْ حاكمًا أشهَدَ كما سبَقَ في نظائرِه. انتَهى.

وظاهرٌ أنَّ هذا اقتراض أو في معناه ولذا ثبَتَ له الرُّجوعُ، وذكَرَا مثْلَ ذلكَ أيضًا في مُؤنةِ التَّعريفِ عندَ قصْدِ الحفْظِ، وقد قدَّمْنا جميعَ ذلكَ، ولا يخْفَى مخالفتُه لمنْعِ الاقتراضِ إلَّا أن يُفرَّعَ هذا على جوازِه، والفرْقُ بينَ الاقتراضِ مِن الملتقطِ والاقتراضِ مِن غيرِه في غايةِ البُعدِ؛ لاشتراكِهما في وُجودِ المَعنى المُتقدِّمِ، ولو كان الحيوانُ آدميًّا فله أخْذُه للتَّملُّكِ وغيرِه زمَنَ أمنٍ وغيرِه، إلَّا المُميِّزَ فيمتنِعُ أخْذُه زمَنَ أمنٍ ولو للحفْظِ، وإلَّا الأمَةَ التي تحِلُّ للمُلتقطِ فيمتنِعُ أخْذُها مطلقًا للتَّملُّكِ، ويتخيَّرُ هنا بينَ الخَصلتيْنِ الأخيرتيْنِ.

ونفقَتُه مِن كسْبِه ويحفَظُ الفاضِلَ، فإن لم يكُنْ له كسْبٌ فعَلى ما سبَقَ في غيرِ الآدميِّ.

وهل له إيجارُه بغيرِ إذْنِ الحاكمِ مع وُجودِه؟ فيه نظرٌ، فلو باعَه ثُمَّ ظهَرَ المالكُ وقال: «كنْتُ أعتقْتُه»؛ قُبِلَ قولُه، وحُكِمَ بفسادِ البيعِ.



(١) «روضة الطالبين» (٥/ ٤٠٤).

(٢) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٥٥).

(فَصْلٌ)
في اللَّقِيطِ

ويُسمَّى ملقوطًا ومنبوذًا ودعِيًّا.

(**وَإِذَا وُجِـدَ لَقِيطٌ**) وهو كلُّ صَبيٍّ منبـوذٍ ولو مُميِّزًا لا كافلَ له معلومٌ، (**بِقَارِعَةِ الطَّرِيـقِ**) مثـلًا وهي أعلاه أو صـدْرُه أو ما برَزَ منـه، والمُرادُ هنـا الطَّريقُ مُطلقًا، (**فَأَخْذُهُ وَتَرْبِيَتُهُ وَكَفَالَتُهُ**) أي: حفْظُه، لا حضانتُه المفصَّلَةُ في الإجارةِ (**وَاجِبَةٌ عَلَى**) سبيلِ (**الكِفَايَةِ**) حفْظًا للنَّفسِ المُحترَمةِ عنِ الهلاكِ، بخلافِ البالغِ لاستغنائِه عنِ الحفْظِ، نعَمْ المجنونُ كالصَّبيِّ، وإنَّما اقتَصَرُوا على الصَّبيِّ لأنَّه الغالبُ.

قال السُّـبكيُّ وغيرُه: ومَن له كافِلٌ ولو ملتقطًا فيُرَدُّ إليه، وغيرُ المنبوذِ فهو في حضانةِ وليِّه، فإن لم يكُنْ له أبٌ ولا جَدٌّ ولا وصِيٌّ، فحفْظُه مِن وظيفةِ القاضي، فيسـلِّمُه إلى مَن يقومُ مقامَـه؛ لأنَّه كان له كافلٌ معلومٌ، فـإذا فُقِدَ[1] قامَ القاضي مقامَه، فلا معنى للقْطِه إلَّا أنَّه إن وُجِدَ بمضيعَةٍ وجَبَ أخْذُه ليُرَدَّ إلى حاضِنِه[2].

ويجِبُ الإشهادُ على أخْذِه وعلى ما معَه، فلو تَرَكَ الإشهادَ لم يثبُتْ له ولايةُ الحضانةِ وجازَ للحاكمِ انتزاعُه منه.

وقيَّدَ المَاوَرْدِيُّ[3] وجوبَ الإشـهادِ عليه وعلى ما معَه بالملتقطِ نفسِه[4]، أمَّا مَنْ سلَّمَه الحاكمُ له فالإشهادُ مستحَبٌّ له قطعًا.

قال شيخُ مشايخِنا[5]: وهو ظاهرٌ.

---

(١) في (هـ): «قصد».

(٢) في (ج): «حضانته».

(٣) «الحاوي الكبير» (٨/ ١٢).

(٤) في (ج): «بنفسه».

(٥) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٩٦).

(وَلَا يُقَرُّ) اللَّقِيطُ (إِلَّا فِي يَدِ مُسْلِمٍ) مكلَّفٍ رشيدٍ ولو فقيرًا أو أُنْثَى (أَمِينٍ) أي: عدْلٍ ولو مستورًا، لكن يوكِلُ القاضي بالمَستورِ مَن يراقِبُه بحيثُ لا يعلَمُ؛ لئلَّا يتأذَّى، فإذا وثِقَ به صارَ كظاهرِ العدالةِ، فلا يُقَرُّ في يدِ فاسقٍ، ولا محجورٍ عليه بسفَهٍ، ولا صبيٍّ ولا مَجنونٍ ولا كافرٍ. نعَمْ إن كان اللَّقيطُ كافرًا أُقِرَّ في يدِ الكافرِ العدْلِ في دِينِه الحرِّ الرَّشيدِ، ولا مبعَّضٍ ولو في نوبتِه، ولا مُكاتَبٍ وإن أذِنَ سيِّدُه، فإن قال له: «التقِطْ لي» فهو نائبُه، ولا قِنٍّ إلا إن أذِنَ له سيِّدُه وعلِمَ به أو أقرَّه في يدِه فيكونُ السَّيِّدُ هو المُلتقِطُ وهو نائبُه.

(فَإِنْ وُجِدَ مَعَهُ) أي: مع اللَّقيطِ وفي[1] صُحبتِه (مَالٌ) يُحكَمُ له به، كالموضوعِ عليه مِن غطاءٍ أو غيرِه، أو تحته مِن فرشٍ وغيرِه، وكدراهم منثورةٍ عليه أو على فراشِه[2] أو تحتَه أو تحتَ فراشِه، وكدابَّةٍ عنانُها بيدِه أو مشدودةٍ به[3] أو بثيابِه، فلو كان عليها والحالةُ هذه راكبٌ، فحَكَى الشَّيخانِ[4] عنِ ابن كَجٍّ أنَّها بينَهما.

قال الأَذْرَعِيُّ[5]: والمذهَبُ الصَّحيحُ أنَّها للرَّاكبِ كما سبَقَ في الصُّلحِ.

وكدارٍ أو خيمةٍ وُجِدَ فيها وحدَه، ولا يُعرَفُ لها مستحِقٌّ، فإن وُجِدَ مع غيرِه فيها مِن لقيطٍ أو غيرِه فهي بينَهما.

وهل يُحكَمُ له ببُستانٍ أو ضيعةٍ وُجِدَ فيه؟ وجهانِ، بخلافِ ما لا يُحكَمُ له به؛ كالموضوعِ بقرْبِه مِن نحْوِ دراهِمَ أو دابَّةٍ مربوطةٍ بشجرةٍ، بخلافِ الموجودِ بقرْبِ البالغِ يُحكَمُ له به؛ لأنَّ له رعايةً، نعَمْ إن حُكِمَ بأنَّ البقعةَ له حُكِمَ بذلكَ أيضًا له كما صرَّحَ به النَّوويُّ في «نُكتِه».

---

(١) في (هـ): «وهو في».
(٢) في (ج)، (ن): «فرشه».
(٣) في (هـ): «ببدنه».
(٤) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٩٠)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٤٢٥).
(٥) «قوت المحتاج» (٤/ ١٩٣).

وكدَفينٍ تحتَه، فإن حُكِمَ بأنَّ بقعتَه له فهو له أيضًا.

(**أَنفَقَ عَلَيْهِ الحَاكِمُ**) بمَعْنى مانَه[1] بالإنفاقِ وغيرِه (**مِنْهُ**) بنفسِه أو نائبِه مِن الملتقطِ أو غيرِه، فليس للمُلتقطِ أن يستقِلَّ بالإنفاقِ عليه منه، فإن فعَلَ ضمِنَ، نعَمْ إن لم يكُنْ ثَمَّ حاكمٌ أنفقَ عليه منه للضَّرورةِ، ويجِبُ عليه الإشهادُ بالإنفاقِ كلَّ مرةٍ كما نقَلَه ابنُ الرِّفْعَةِ عنِ القاضي مُجَلِّي.

ولو بلَغَ اللَّقيطُ واختَلَفا فيما أنفَقَ صُدِّقَ المُلتقطُ إنِ ادَّعى قدرًا لائقًا بالحالِ، وإنِ ادَّعى زيادةً على اللَّائقِ فهو مقِرٌّ بتفريطٍ فيضمَنُ فلا معنى للتَّحليفِ، وهل يضمَنُ الزِّيادةَ فقَطْ أو الجميعَ؟ فيه نظرٌ.

قال الإمامُ: لكن إن وقَعَ النِّزاعُ في عينٍ فزعَمَ المُلتقطُ أنَّه أنفقَها فيُصدَّقُ لتنقطِعَ المُطالبةُ بالعينِ، ثُمَّ يضمَنُ كالغاصبِ إذا ادَّعى التَّلفَ، وكالمالِ الموجودِ معه الموقوفِ عليه أو على اللُّقطاءِ والمُوصَى له أو لهم به، ويقبَلُ له القاضي من ذلكَ ما يحتاجُ إلى القبولِ[2].

(**وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ مَعَهُ مَالٌ**) يُحكَمُ به له ولم يُوجَدْ ما يستحِقُّه مِن وقفٍ أو نحْوِه (**فَنَفَقَتُهُ**) أي: مؤنتُه واجبةٌ (**فِي بَيْتِ المَالِ**) على وجْهِ الإنفاقِ دونَ القرْضِ، وإن كان كافرًا كما صحَّحَه في «الرَّوضَةِ»[3] و«أَصْلِها»[4]؛ إذ لا وجْهَ لتضييعِه، ولأنَّه قد ينفعُنا بالجزيةِ إذا بلَغَ، فإن لم يكُنْ في بيتِ المالِ شيءٌ، أو كان هناكَ ما هو أهمُّ كسدِّ ثغرٍ يعظُمُ ضررُه لو تُرِكَ، فنفقتُه على الأغنياءِ قرْضًا لا إنفاقًا، فإنِ امتنَعُوا مِن الإقراضِ قسَّطَ الحاكِمُ نفقتَه جبْرًا، فإن كثُرُوا وتعذَّرَ التَّوزيعُ عليهم فعلى مَن يَراه منهم، فإنِ استَوَوْا في اجتهادِه تخيَّرَ.

---

(١) في (هـ): «أنه يأمر».

(٢) «روضة الطالبين» (٥/ ٤٢٨).

(٣) «روضة الطالبين» (٥/ ٤٣٥).

(٤) «الشرح الكبير» (٦/ ٣٩١).

ثُمَّ إن ظهَرَ رقيقًا رجَعُوا على سيِّدِه، أو حُرًّا فعليه إن كان له مالٌ ولو باكتسابِه، وإلَّا فعلى قريبٍ تلزَمُه نفقتُه، فإن لم يكُنْ قَضَى مِن سهْمِ الفُقراءِ والمَساكينِ أو الغارمينَ بحسبِ ما يَرَاه.

ولو حصَلَ في بيتِ المالِ شيءٌ قبلَ بلوغِه ويَسارِه قَضَى منه، وضعَّفَ النَّوويُّ[1] اعتبارَ القريبِ بأنَّ نفقةَ القريبِ تسقُطُ بمُضِيِّ الزَّمانِ، ورُدَّ بأنَّها لا تسقُطُ إلَّا إذا لم يقترِضْها القاضي وقد اقترَضَها.

وأُجيبَ: بأنَّه اقترَضَها على اللَّقيطِ لا على القريبِ، واستقرارُها على القريبِ باقتراضِها إنَّما هو إذا اقترَضَها على القريبِ، وقد يقالُ تارةً يُقصَدُ بالاقتِراضِ اللَّقيطُ وتارةً يُقصَدُ به القريبُ، فاللائقُ التَّفصيلُ، ويبْقَى الكلامُ حالَ الإطلاقِ، ولعلَّ الأقربَ تعلُّقُه باللَّقيطِ.

قال الأَذْرَعِيُّ[2]: والظَّاهرُ أنَّه لو أنفَقَ عليه مِن وقْفِ اللُّقطةِ ثُمَّ ظهَرَ له سيِّدٌ أو قريبٌ رجَعَ عليه.

قال بعضُهم: وفيه نظرٌ؛ لأنَّه حينَ الإنفاقِ كان لقيطًا فيُصرَفُ له بشرْطِ الواقفِ، ولو وُجِدَ وقْفٌ على الفُقراءِ فهل ينفِقُ عليه منه مُقدَّمًا على بيتِ المالِ ويكونُ حُكمُه حُكمَ المَوقوفِ على اللُّقطاءِ أو لا؟

قال السُّبكيُّ: فيه احتمالانِ عندي أظهرُهما الثَّاني؛ لأنَّه موصوفٌ بصفةِ الفقرِ ولم يتحقَّقْ[3].

قال الأَذْرَعِيُّ[4]: ولعلَّ الأوَّلَ أرجَحُ، إذ لا يُشترَطُ في الصَّرفِ إلى مَن ظاهرُه الفقْرُ تحقُّقُه، بل يكْفِي ظاهِرُ الحالِ.

---

(١) «روضة الطالبين» (٥/ ٤٢٥).
(٢) «قوت المحتاج» (٤/ ١٩٧).
(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٢/ ٤٩٩).
(٤) «قوت المحتاج» (٤/ ١٩٧).

(فَصْلٌ)
في الوَدِيعَةِ

وهي تقالُ على الإيداعِ وعلى العيْنِ، مِن ودَعَ الشَّيءُ يدَعُ إذا سكَنَ؛ لأنَّها ساكنةٌ عندَ الوَدِيعِ، ولها بالمَعنَى الأوَّلِ أربعةُ أركانٍ:

(١) وديعةٌ بمَعْنى العَينِ المُودعَةِ، وشرْطُها كونُها محترمةً ولو نحْوَ حبَّةِ بُرٍّ وكلْبٍ ينفَعُ.

(٢) وصيغةٌ، وشرطُها:

- لفْظٌ مِن جانبِ المُودِعِ صريحٌ؛ كـ «استودَعْتُك هـذا»، أو كنايةٌ مع النِّيَّةِ؛ كـ «خُذْ هذا».

- وعدمُ الرَّدِّ مِن جانبِ الوديعِ، فيكْفِي قبضُه دونَ الوضْعِ بينَ يدَيْه مع سكوتِه، نعَمْ لو قال: أودعْنِيه فدفَعَه له المُودِعُ ساكتًا فيشْبهُ أن يكْفِيَ ذلكَ كالعاريَّة، وعليه فالشَّرطُ اللَّفظُ مِن أحدِهما، نبَّهَ عليه الزَّرْكَشِيُّ.

(٣-٤) ومودِعٌ ووديعٌ، وشرطُهما شرطُ موكِّلٍ ووكِيلٍ، فلو أودَعَه صبيٌّ أو مجنونٌ أو محجورُ سفَهٍ ضمِنَ ما أخَذَه منه، ولا يزولُ الضَّمانُ إلَّا بالرَّدِّ لوَليِّ أمْرِه، نعَمْ إن أخَذَه منه حسبةً خوفًا على تلَفِه في يدِه لم يضمَنْه، وكذا لو أتلَفَه مودِعُه كما بحَثَه ابنُ الرِّفْعَةِ وصرَّحَ به الرَّافعيُّ[1] في الجراحِ قُبيلَ الفصلِ الثَّاني في المُماثلةِ، أو أودَعَهم رشيدٌ ضمِنَوا بإتلافِهم؛ لأنَّه لم يُسلِّطْهم عليه لا بالتَّلفِ عندَهم؛ إذ لا يلزَمُهم الحفْظُ، بخلافِ ما لو أودَعَهم غيرُ رشيدٍ فيضمنون بمُجرَّدِ وضْعِ أيديهم كما بحَثَه الزَّرْكَشِيُّ.

---

(١) «الشرح الكبير» (١٠/ ٢٢١).

(وَالوَدِيعَةُ) بمَعْنى العيْنِ (أَمَانَةٌ) لأنَّ الوديعَ يحفَظُها للمالكِ فيدُهُ كيدِهِ، ولو ضمِنَاه لرغِبَ النَّاسُ عن قبولِها.

و(يُسْتَحَبُّ قَبُولُهَا) أي: الوَديعَةُ بمَعْنى الإيداعِ أو بمَعْنى العَينِ مع حذْفِ المُضافِ أي: إيداعُها (لِمَنْ قام بِالأَمَانَةِ) أي: تحقَّقَ الائتمانَ (فِيهَا) بأن يثِقَ بأمانةِ نفْسِه فيها ويقدِرَ على حفْظِها، ولا يكونُ بهذا الحالِ إلَّا وقد وجَدَ مِن نفْسِه ما يوجِبُ ذلكَ كما أشارَ إليه بالتَّعبيرِ بالماضي، بل يجِبُ عليه قبولُها عندَ عدمِ غيرِه كأداء الشَّهاداتِ، فإن لم يفعَلْ عَصَى لتَركِ الواجبِ بلا عُذرٍ، لكن لا يُجبَرُ على إتلافِ منفعتِه ومنفعةِ حرْزِه مجَّانًا.

وقضيَّةُ هذا: أنَّ له في هذه الحالةِ[1] أخْذَ أُجرةِ الحفْظِ كما له فيها أخْذُ أجرةِ الحفْظِ، وقد منَعَه الفارقِيُّ وابنُ أبي عَصْرُونَ بأنَّه صارَ واجبًا عليه فأشبَهَ سائرَ الواجباتِ، لكنْ ظاهِرُ كلامِ الأصحابِ الأوَّلُ، ووُجِّهَ بأنَّه قد تُؤخَذُ الأُجرةُ على الواجبِ كما في سقْيِ اللّبأِ بخلافِ من يعجِزُ عن حفْظِها، فيحرُمُ عليه قبولُها؛ لأنَّه يعرِّضُها للتَّلفِ[2].

قال ابنُ الرِّفْعَةِ[3]: محلُّه إذا لم يعلَمِ المالكُ بحالِه، وإلَّا فلا تحريمَ. ونظَرَ فيه الزَّرْكَشِيُّ بأنَّ الوجْهَ تحريمُه عليهما، أمَّا على المالكِ فلإضاعتِه مالَه، وأمَّا على المُودِعِ فلإعانتِه على ذلكَ، وعِلْمُ المالكِ بعجْزِه لا يبيحُ له القبولَ[4]. انتَهَى.

والأوْجَهُ حمْلُ الأوَّلِ على ما إذا لم يظُنَّ المالكُ الضَّياعَ بسببِ الدَّفعِ إليه، والثَّاني بالنِّسبةِ للمالكِ على ما إذا ظنَّ ذلكَ، وبالنِّسبةِ للمُودِعِ على ما إذا ظنَّ

---

(١) في (ج): «الحال».
(٢) «أسنى المطالب» (٣/ ٧٤).
(٣) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٠/ ٣٢٣).
(٤) «أسنى المطالب» (٣/ ٧٤).

أنَّ المالـكَ لا يسـمَحُ بإيداعِه لو علِمَ حالَه، فإن ظنَّ سـماحَتَه بـه أو علِمَها لم يحرُمْ، أو شكَّ ففيه نظرٌ.

وظاهرُ كلامِهم التَّحريمُ، وهذا كلُّه إذا لم يظنَّ الضَّياعَ بقبولِها، وإلَّا فالمتَّجهُ التَّحريـمُ عليه مُطلقًـا؛ لأنَّه مضيِّعٌ أو معيـنٌ على الضَّياعِ، وبخـلافِ مَن لا يثِقُ بأمانةِ نفْسِه فيها، ففي قبولِه وجهانِ:

أحدُهمـا، وبه جزَمَ في «المنهاجِ»[1]: كراهتُه. ومحلُّهما كما قال الأَذْرَعِيُّ[2]: إذا أودَعَ مُطلقَ التَّصرُّفِ مالَ نفْسِه، وإلَّا حرُمَ القبولُ جزمًا.

قال ابنُ الرِّفْعَةِ[3]: ويظهَرُ أنَّ هذا إذا لم يعلَمِ المالكُ الحالَ، وإلَّا فلا تحريمَ ولا كراهةَ، وفيه ما مرَّ.

والإيـداعُ صحيح، والوديعَةُ أمانةٌ وإن قلْنا بالتَّحريـمِ، وأثرُ التَّحريمِ مقصورٌ على الإثْمِ، لكن لو كان المُودِعُ وكِيلًا، أو وليَّ يتيمٍ حيثُ يجوزُ له الإيداعُ، فهي مضمونةٌ بمُجرَّدِ الأخْذِ قطعًا.

(**وَلَا تُضْمَـنُ**) أي: لا تصيـرُ مضمونـةً (**إِلَّا بِالتَّعَدِّي**) فيها، ومنـه التَّفريطُ في حفْظِهـا، كأن ينتفِعَ بها كلُبسِ الثَّوبِ ورُكوبِ الدَّابَّةِ بلا عُذرٍ، بخلافِ ما إذا كان لعُذرٍ كلُبسِ ثوبِ الصَّوفِ لدفَعِ الدُّودِ عنها، وكرُكوبِ دابَّةٍ لا تنقادُ لنحْوِ سقْيِها إلَّا بالرُّكوبِ، وكأن ينقِلَها مِن مَحلَّةٍ أو دارٍ عيَّنَها المالكُ إلى أُخرى دونَها في الحرْزِ.

نعَـمْ إن نقَلَهـا يظُنُّ أنَّها ملْكَه ولم ينتفِعْ بها لم يضمَنْ، وكذا لو نقَلَها إلى مثْلِ المُعيَّنةِ أو أحرَزَ منها، وكذا إلى دونِها إذا لم يُعيِّنْها المالكُ، أو مِن بيتٍ إلى آخَرَ

(١) «منهاج الطالبين» (ص ١٩٥).
(٢) «قوت المحتاج» (٥/ ٤ -٥).
(٣) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٠/ ٣٢٣).

في دارٍ واحدةٍ أو خانٍ واحدٍ ولم ينْهَهُ المُودِعُ، وإن كان البيتُ الأوَّلُ أحرَزَ، وكأنْ يودِعَها غيرَه بلا إذْنٍ مِن المُودِعِ ولا عذْرَ له، بخلافِ الاستعانةِ بمَنْ يحمِلُها إلى الحِرْزِ، أو يعلِفُها أو يسقِيها.

فإن كان له عذْرٌ؛ كسفَرٍ، ومرَضٍ مَخُوفٍ، وحريقٍ في البقعةِ، وإشرافِ الحرْزِ على الخرابِ ولم يجدْ غيرَه، وجَبَ ردُّها لمالكِها أو وكِيلِه، فإن فقَدَهما فالقاضي، ويجِبُ عليه أخْذُها وإن لم يجِبْ عليه قبولُ دَينِ الغائبِ ومغصوبِه؛ أي: في الجملةِ، فإن فقَدَه فلأمينٍ.

نعَمْ هو مُخيَّرٌ في صورةِ المَرضِ عندَ فقْدِ المالكِ ووكِيلِه[1] بينَ ردِّها إلى القاضي ثُمَّ الأمينِ، وبينَ الوَصيَّةِ بها إليهما، والمُرادُ بالوَصيَّةِ الإعلامُ بها والأمْرُ بردِّها مع وصْفِها بما تتميَّزُ به، أو الإشارةُ لعينِها، ومع ذلكَ يجِبُ الإشهادُ كما في الرَّافِعِيِّ عنِ الغزَاليِّ.

وكالمَرضِ فيما ذُكِرَ كلُّ حال تُعتبَرُ الوَصيَّةُ فيه مِن الثُّلُثِ كوقوعِ الطَّاعونِ بالبلَدِ كما ذكَرَه الأَذْرَعِيُّ، فإن لم يفعَلْ بأن ترَكَ الرَّدَّ والإيصاءَ مُطلقًا مع الإمكانِ أو ردَّها (إلى المالك أو وكيله)[2] أو أوْصَى بها إلى القاضي أو الأمينِ مع إمكانِ ردِّها أو الإيصاءِ بها إلى القاضي، أو أوْصَى بها ولم يُميِّزْها كأن قال: هي[3] ولم يصِفْها، أو أودَعَها فاسقًا، أو أوْصَى بها إليه، صارَ ضامنًا، لكن محلُّ ضمانِه بتَركِ الإيداعِ والإيصاءِ إذا تلِفَتْ بعدَ المَوتِ لا قبْلَه على ما صرَّحَ به الإمامُ ومالَ إليه السُّبكيُّ.

وقال الأَذْرَعِيُّ[4] إنَّه الأصحُّ؛ لأنَّ المَوتَ كالسَّفرِ، فلا يتحقَّقُ الضَّمانُ إلَّا به.

---

(١) في (ج): «ووليه».

(٢) زيادة من (هـ).

(٣) في (هـ): «هي ثوب».

(٤) «قوت المحتاج» (٥/ ١٠ - ١١).

وقال الإِسْـنَوِيُّ: إنَّه بمُجرَّدِ المَرضِ ومُضِّي إمـكانِ الرَّدِّ أو الإيصاءِ كما هو ظاهرٌ يصيرُ ضامنًا لها، حتَّى لو تلِفَت بآفةٍ في مرضِه أو بعدَ صحَّتِه، ضمِنَ كسائرِ أسبابِ التَّقصيراتِ، ولو لم يوصِ بها.

فـإذا ادَّعى الوارثُ تلَفَها وقال: إنَّمـا لم يوصِ بها لتلَفِها بغيرِ تقصيرٍ، وادَّعى صاحبُ الوديعَةِ تقصيرَه، فالظَّاهرُ براءتُه، بخلافِ ما إذا لم يجزِم الوارثُ بالتَّلَفِ بـأن قال: عرفْتُ الإيداعَ، لكـن لم أدرِ كيفَ كان الأمْرُ، وإنَّمـا أُجوِّزُ أنَّها تلِفَتْ علـى حُكـمِ الأمانةِ فلم يُوصِ بها لذلـكَ فيضمَنُها؛ لأنَّه لم يدَّعِ مُسـقطًا ولو لم يُميِّزْها في وصيَّتِـه؛ كقولِه: «هي ثوبٌ» وخلفَ ثوبًا لم يتعيَّنْ للوَديعةِ؛ لاحتمالِ أنَّهـا تلِفَتْ والمَوجودُ غيرُها، بل تجِبُ قيمتُها في التَّركةِ، ولا عبرةَ بكتابةِ الميِّتِ على شـيءٍ هذا وديعةُ فلانٍ أو في جريدتِهِ لفلانٍ عندي كذا وديعةٌ، حتَّى لو أنكَرَ الوارثُ لم يلزَمْه التَّسليمُ بذلكَ؛ لاحتمالِ أنَّه كتبَه هو أو غيرُه تلبيسًا، أوِ اشْتَرى الشَّـيءَ وعليـه الكتابـةُ فلم يمْحُهَـا أو ردَّ الوديعَةَ بعـدَ كتابتِهـا في الجريدةِ ولم يمْحُهَا، وإنَّما يلزَمُه ذلكَ بإقرارِه أو إقرارِ مورِّثِه أو وصيَّةٍ أو بينةٍ.

(وَقَوْلُ المُودَعِ) بالفتح بيمينِه (مَقْبُولٌ فِي) دَعْوى (رَدِّهَا) أي: الوديعَةِ (عَلَى المُودِعِ) بالكسـرِ وإن أشـهَدَ بهـا عليه عندَ الدَّفـعِ[1]، أو وقَعَ النِّـزاعُ مع وارثِه؛ لأنَّـه ائتمَنَه، فإن ماتَ قبلَ اليميـنِ قامَ وارثُه مقامَه، وانقطَعَـتِ المُطالبةُ بيمينِه، بخـلافِ ردِّها على غيـرِ المودِعِ ودعْوى الأمينِ الذي أودَعَه[2] عندَ سـفَرِه الرَّدَّ على المالكِ، فلا يُصدَّقُ في ذلكَ بل عليه البيِّنَةُ؛ لأنَّه لم يدَّعِ الرَّدَّ على مؤتمنِه.

وكدَعْوى ردِّها دَعْوى تلَفِها مُطلقًا، أو بسببٍ خفيٍّ كسرقةٍ، أو ظاهرٍ كحريقٍ ونهـبٍ عُـرِفَ دونَ عمومِـه، فيُقبَلُ قولُـه بيمينِه في ذلكَ لاحتمالِ مـا ادَّعاه، فإن

---

(١) في (ج): «الرافعي». (٢) في (ج): «ودعه».

عُـرِفَ عمومُ الظَّاهرِ أيضًا ولـم يُتَّهمْ صُدِّقَ بلا يمينٍ، فإن اتُّهِمَ فمع اليمينِ، وإن جُهِلَ الظَّاهرُ أثبتَه بالبيِّنةِ، ثُمَّ حلَفَ أنَّها تلِفَتْ به، وحيثُ نكَلَ عنِ اليمينِ حلَفَ المالكُ على نفْيِ العلْمِ بالتَّلَفِ واستحَقَّ.

ويجْري هذا التَّفصيلُ في كلِّ أمينٍ كوكِيلٍ وشـريكٍ إلَّا المُرتهنَ والمُستأجِرَ، فلا يُصدَّقانِ في الرَّدِّ وإن صُدِّقَا في التَّلفِ على ما تقرَّرَ، بل التَّصديقُ في التَّلفِ لا يختَصُّ بالأمينِ، بل يجْرِي في غيرِه كالغاصبِ، لكنَّه يغرَمُ البدلَ.

(وَ) يجِـبُ **(عَلَيْـهِ)** أي: على المُـودَع **(أَنْ يَحْفَظَهَا)** أي: الوديعَـةَ **(فِي حِرْزِ مِثْلِهَا)** فإن حفِظَها في غيرِ حرْزِ مثْلِها كأنْ حفِظَ الثِّيابَ أو النُّقودَ في نحْوِ إصْطَبلِ الـدَّوابِّ، أو حفِظَ النُّقودَ في جيبِه الواسـعِ الغيرِ المـزرورِ أو في كورِ عمامتِه بلا ربطٍ ضمِنَها.

ولـو أودَعَـه دراهِـمَ في السُّـوقِ ولـم يُبيِّنْ لـه كيفيَّةَ حفْظِهـا فربَطَهـا في كُمِّه وأمسَـكَها بيدِه أو جعَلَها في جيبِه لم يضمَنْ، وإن أمسَـكَها بيدِه بلا ربطٍ في كُمِّه فأخَذَها غاصبٌ لم يضمَنْ، أو ضاعَتْ بغفلةٍ أو نومٍ ضمِنَ.

ولـو قال له: «اربُطِ الدَّراهمَ في كمِّكَ» فأمسَـكَها في يـدِه فتلِفَتْ، فإن ضاعَتْ بنـومٍ أو نِسـيانٍ ضمِنَ، أو بأخْذِ غاصبٍ فلا، ولو جعَلَهـا في جَيبِه بدلًا عنِ الرَّبطِ في الكُـمِّ لم يضمَنْ إلَّا إن كان الجيبُ واسـعًا غيرَ مـزرورٍ، أو ربَطَها في كمِّه بدلًا عن جعْلِها في جيبِه ضمِنَ إلَّا إن أمسَكَها بيدِه مع الرَّبطِ في الكُمِّ، ولوِ امتثَلَ قوْلَه: «اربُطْهـا في كُمِّـكَ»، فإن جعَـلَ الخيطَ خارجًـا فضاعَتْ بأخذ طـرار ضمن، أو باسترسالٍ فلا، وإن جعله داخلًا فضاعت باسترسالٍ ضمِنَ أو بأخْذِ طرَّارٍ[1] فلا.

---

(١) في (ج): «طراز».

هذا كلُّه إذا لم يرجِعْ إلى بيتِه، فإن رجَعَ إليه لزِمَه إحرازُها فيه، ولا يكونُ ما ذُكِرَ حِرزًا لها حينئذٍ؛ لأنَّ بيتَه أحرَزُ، فلو خرَجَ بها في كُمِّه أو جيبِه أو يدِه ضمِنَ، قاله المَاوَرْدِيُّ[١]، لكن قضيَّةُ ما يأتي عنِ الشَّيخيْنِ الرُّجوعُ في ذلكَ إلى العادةِ.

ولو أودَعَه الدَّراهمَ في السُّوقِ وقال له: «احفَظْها في بيتِكَ» لزِمَه الذَّهابُ بها إلى بيتِه فورًا وحِفظُها فيه، أو[٢] في البيت وقال له: «احفظها فيه» لزمه الحفظ فيه فورًا، فإن أخَّرَ فيهما بلا عُذرٍ ضمِنَ، وإن لم يحفَظْها فيه وربَطَها في كُمِّه أو شدَّهَا في عَضُدِه مع إمكانِ إحرازِها في البيتِ ضمِنَ، نعَمْ إن شدَّها في عضُدِه ممَّا يلِي أضلاعَه لم يضمَنْ؛ لأنَّه أحرَزُ مِن البيتِ.

قال الأَذْرَعِيُّ: ويجِبُ تقييدُه بما إذا حصَلَ التَّلفُ في زمنِ الخُروجِ لا مِن جهةِ المُخالفةِ، وإلَّا فيضمَنُ[٣].

قال الشَّيخانِ[٤]: وفي تقييدِهم الصُّورةَ بما إذا قال: «احفَظْها في البيتِ» ما يشعِرُ بأنَّه لو أودَعَها في البيتِ ولم يقُلْ شيئًا يجوزُ أن يخرُجَ بها، ويُشْبِهُ أنْ يكونَ الرُّجوعُ فيه إلى العادةِ. انتَهَى.

وقياسُه فيما لو أودَعَه في السُّوقِ ولم يقُلْ شيئًا الرُّجوعُ فيه إلى العادَةِ مِن الذَّهابِ إلى البيتِ فورًا أو غيرِه.

(**وَإِذَا طُولِبَ**) الوَديعُ (**بِهَا**) بأن طلَبَها مالكُها وهو أهلٌ لقبْضِها وكطَلَبِه طلَبُ مَن يقومُ مقامَه كما هو ظاهرٌ (**أَخْرَجَهَا**) له أي: بنفسِه أو نائبِه فورًا وُجوبًا.

---

(١) «الحاوي الكبير» (٨/ ٣٧٩).

(٢) أي: أو أودعها له في البيت.

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٨١).

(٤) «الشرح الكبير» (٧/ ٣١٠)، و«روضة الطالبين» (٦/ ٣٣٩).

والمُرادُ بإخراجِها له: التَّخليةُ بينَهما، لا مباشرةُ إخراجِها وردِّها، أو تحمُّلُ مُؤنـةِ ذلكَ، فإنَّ ذلكَ على المالِكِ، فإن لم يكُـنْ مالكُها أهلًا لقبْضِها كأنْ جُنَّ أو حُجِرَ عليه بسَفَهٍ لم يجِبْ ذلكَ، بل لا يجوزُ ويضمَنُ به.

(**فَـإِنْ لَمْ يُخْرِجْهَا**) أي: لم يردَّها عليه (**مَعَ القُدْرَةِ عَلَيهَا**) وقْتَ طلَبِها (**حَتَّى تَلِفَـتْ ضَمِنَ**)ـها ببدَلِها مِن مِثْلٍ إن كانـت مِثليَّةً، أو قيمَةً إن كانت متقوَّمَةً لتَركِ الواجـبِ عليـه، وليس له أن يُلـزِمَ المالكَ الإشـهادَ وإن كان أشـهَدَ عليه عندَ الدَّفـعِ، فإنَّه يُصدَّقُ في الدَّفعِ بيمينِه، بخلافِ ما لو طلَبَها وكِيلُ المُودِعِ؛ لأنَّه لا يُقبَـلُ قولُـه في دفعِها إليه، ولو قال مَن عندَه وديعـةٌ لمالكِها: خُذْ وديعتَكَ لزِمَه أخْذُها كما في «البيانِ»، وعلى المالكِ مؤنةُ الرَّدِّ.

وخرَجَ بقولِه: «مع القدْرةِ عليها» ما إذا لم يقدِرْ على ذلكَ، كأن كان في جُنحِ ليلٍ والوديعَةُ في خزانةٍ لا يتأتَّى فتْحُ بابِها في ذلكَ الوقتِ، أو كان مشغولًا بصلاةٍ أو قضاءِ حاجةٍ أو في حمَّامٍ أو بأكْلِ الطَّعامِ، فلا ضمانَ عليه لعدمِ تقصيرِه، واللهُ أعلَمُ بالصواب وإليه المرجع والمآب.

وهـذا آخـر الجـزء الثـاني مـن هـذا الكتـاب

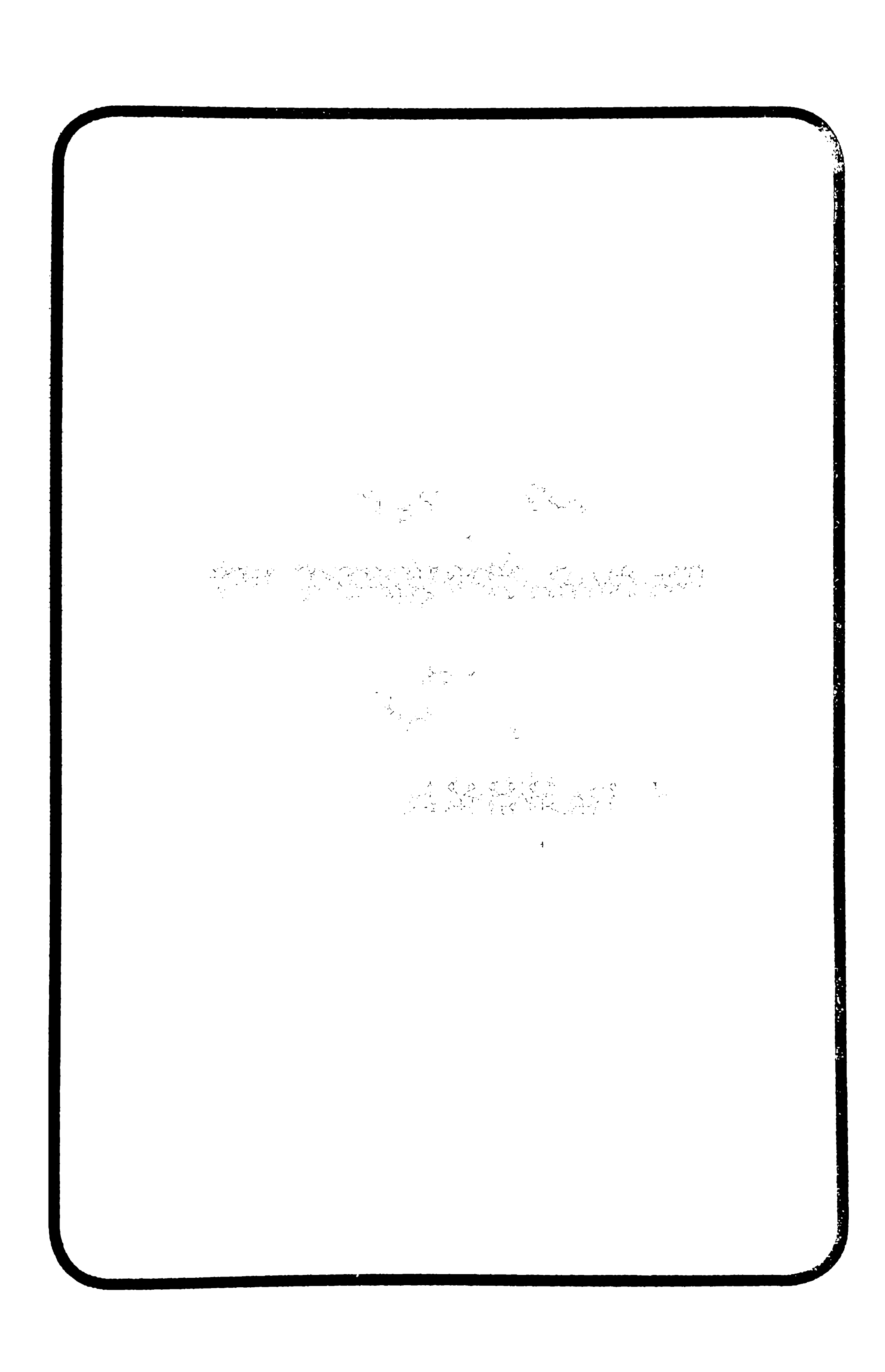
كمـا هـو مجـزأ بالأصـل المسـتطاب

الذي هو في غاية الحسن والإطناب

والحمـد لله وحـده.



(كِتَابُ الفَرَائِضِ)



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه ثقتي

(كِتَابُ الفَرَائِضِ)

جمْعُ فريضةٍ بمَعْنى مفروضةٍ أي: مقدَّرةٍ، والمُرادُ مسائلُ قِسمةِ المواريثِ، سُمِّيَتْ بذلكَ لبحْثِها عن سهامِ الورثَةِ وفيها المُقدَّرُ فغلَبَ على غيرِه.

والفرْضُ لغةً: التَّقديرُ. وشرعًا هنا: نصيبٌ مقدَّرٌ شرعًا للوارثِ.

(**وَالوَارِثُونَ**) المُجمعُ على إرثِهم (**مِنَ الرِّجَالِ**) أي: الذُّكورِ بطريقِ الاختصارِ (**عَشَرَةٌ**) وبطريقِ البسْطِ خمسَةَ عشَرَ:

(١) (**الِابْنُ**)،

(٢) (**وَابْنُ الِابْنِ وَإِنْ سَفَلَ**) أي: ابنُ الابنِ، بتثليثِ الفاءِ.

(٣) (**وَالأَبُ**)،

(٤) (**وَالجَدُّ**) أبوه (**وَإِنْ عَلَا**) بخلافِ الجَدِّ أبي الأمِّ، فإنَّه مِن ذوي الأرحامِ.

(٥٦) (**وَالأَخُ**) مِن الأبويْنِ أو الأبِ أو من الأمِّ.

(٦) (**وَابْنُ الأَخِ**) مِن الأبويْنِ أو مِن الأبِ بخلافِه مِن الأمِّ، فإنَّ ابنَه مِن ذوي الأرحامِ، (**وَإِنْ تَرَاخَى**) ابنُ الأخِ أي: بعُدَ.

(٧) (**وَالعَمُّ**) مِن الأبويْنِ أو مِن الأبِ بخلافِه مِن الأمِّ، فإنَّه مِن ذوي الأرحامِ.

(٨) (**وَابْنُ العَمِّ**) كذلكَ (**وَإِنْ تَبَاعَدَا**) أي: العمُّ؛ كعمِّ الأبِ، وعمِّ الجَدِّ، وابنِ العمِّ؛ كابنِ ابنِ العمِّ، وابنِ ابنِ ابنِ العَمِّ.

(٩) (**وَالزَّوْجُ**) ذو النِّكاحِ الصَّحيحِ ولو قبلَ الدُّخولِ.

(١٠) (**وَالمَوْلَى المُعتِقُ**) والمُرادُ به كما قاله الرَّافعيُّ[١]: مَن صدَرَ منه الإعتاقُ، وكلُّ مَن يُتوسَّلُ به، فدخلَ فيه معتقُ المُعتِقِ وعصباتُهما المُتعصبُّون بأنفسِهم وإن بعُدوا كأبنائِهما وأخواتِهما دونَ غيرِهم؛ كبناتِهم وأخواتِهم.

واعترَضَ القاضي أبو الطَّيِّبِ على عدِّهم عشرةً بأنَّهم عدُّوا الابنَ وابنَه اثنيْنِ وهما أكثرُ؛ لأنَّ مَن دونَهما المُرادينِ بقولِهم: «وإن سفَلَ» ليس بابنِ ابن حقيقةً بل مجازًا، وكذا الكلامُ في الأبِ وأبيه، وإذ قد أرادُوا المَجازَ كان الصَّحيحُ أن يقولوا: الابنُ وإن سفَلَ والأبُ وإن عَلَا؛ لأنَّه أخصَرُ.

وأُجيبَ: بأنَّهم قصَدُوا التَّنبيهَ على إخراجِ ابنِ البنتِ وأبي الأمِّ؛ أي: وإن بعُدَتا كابنِ بنتِ الابنِ وأبي أمِّ الأب، وبهذا سقَطَ ما قيلَ مِن أنَّ مثْلَهما يدخُلُ في عبارتِهم.

(**وَالوَارِثَاتُ**) المُجمَعُ على إرثهِنَّ (**مِنَ النِّسَاءِ**) أي: الإناثِ بالاختصارِ (**سَبْعٌ**) وبالبسْطِ عشرٌ:

(١) (**البِنْتُ**)،

(٢) (**وَبِنْتُ الِابْنِ**) وإن سفَلَ الابنُ.

(٣) (**وَالأُمُّ**)،

(٤) (**وَالجَدَّةُ**) أمُّ الأبِ وأمُّ الأمِّ وإن عَلَتا إلَّا المدليةَ إلى أحدِهما بذَكرٍ بينَ أنثيَيْنِ؛ كأمِّ أبي الأمِّ وأمِّ أبي أمِّ الأبِ، فهي غيرُ وارثةٍ عندَنا اتِّفاقًا، والمُدليةُ إلى الأبِ بمحضِ الذُّكورِ؛ كأمِّ أبي الأبِ، أو بمحضِ الإناثِ إلى محضِ الذُّكورِ؛ كأمِّ أمِّ أبي الأبِ، فهي وارثةٌ عندَنا خلافًا لبعضِ الأئمَّة.

(٥) (**وَالأُخْتُ**) مِن الأبويْنِ أو مِن الأبِ أو مِن الأمِّ.

---

(١) «الشرح الكبير» (٦/ ٤٥٠).

(٦) (وَالزَّوْجَـةُ) ذاتُ النِّكاحِ الصَّحيحِ ولـو بلا دخول وهي بالهاء لغة قليلة يحسن الإتيان بها في الفرائض للفرق قاله النَّوويُّ[1].

(٧) (وَالمَوْلَاةُ المُعتِقَةُ) للميِّتِ أو لأصْلِه، أو لمُعتقِه.

فـإنِ اجتمَـعَ كلُّ الرِّجـالِ ورِثَ الأبُ والابـنُ والـزَّوجُ فقَـطْ؛ لأنَّ غيرَهـم محجوبٌ بغيرِ الزَّوجِ.

أو النِّسـاءُ ورِثَـتِ البنـتُ وبنتُ الابـنِ والأمُّ والأخـتُ للأبويْـنِ والزَّوجةُ، وسقطَتِ الجَدَّةُ بالأمِّ والمُعتقَةُ بالأختِ المذكورةِ، كما سقَطَ بها الأختُ للأبِ؛ لأنَّها مع البنتِ أو بنتِ الابنِ تسقطُها، وبالبنتِ الأختُ للأمِّ.

أو مَن يُمكِنُ اجتماعُه مِن الصِّنفيْنِ ورِثَ الأبوانِ والابنُ والبنتُ وأحدُ الزَّوجيْنِ.

ولـو فُقِدَ الجميعُ أو بعضُهم والباقي ذو فرضٍ صُرفَتِ التَّركةُ كلُّها في الأولى وباقيها في الثَّانيةِ لبيتِ المالِ إرثًا للمُسـلمينَ إن كان الإمامُ عادلًا بأن يصْرِفَه في مصارفِه الشَّرعيَّةِ، ويجوزُ تخصيصُ طائفةٍ منهم به وصرْفُه لغيرِ أهْلِ بلدِه ولمَنْ وُلِدَ أو أسْـلَمَ أو أعتقَ بعدَ موتِه، ولمَنْ أوْصَـى له لا لقاتلِه، وإلَّا رُدَّ الباقي على من وُجِدَ من ذوي الفُروضِ إلَّا الزَّوجيْنِ بنسبةِ فُروضِ مَن سواهما.

فـإن لم يوجَدْ أحدٌ منهم صُرِفَ لـذوي الأرحامِ على تفصيلٍ في المُطوَّلاتِ، وهم أحدَ عشَـرَ صِنفًا: كلُّ جَدٍ وجَدَّةٍ سـاقطيْنِ؛ كأبي الأمِّ وأمِّ أبي الأمِّ، وأولادُ البناتِ للصُّلبِ أو للابنِ مِن ذكورٍ وإناثٍ، وبناتُ الإخوةِ لأبويْنِ أو لأبٍ أو لأمٍّ، وأولادُ الأخـواتِ كذلكَ مِن ذكورٍ وإناثٍ، وبنـو الإخوةِ للأمِّ، والعمُّ للأمِّ وهو أخـو الأبِ لأمِّه، وبناتُ الأعمـامِ لأبويْـنِ أو لأبٍ أو لأمٍّ، والعَمَّاتُ والأخوالُ والخالاتُ، والمُدْلون بهم.

---

(١) «تحرير ألفاظ التنبيه» (ص ٢٤٦).

ولا فرَقَ في الرَّدِّ وتوريثِ ذوي الأَرحامِ بينَ الميِّتِ المسلمِ والكافرِ كما هو مُقتَضى إطلاقِ الأصحابِ، وحيثُ صُرِفَتِ التَّركةُ أو بعضُها لبيتِ المالِ في الميِّتِ الكافرِ كانت فيئًا لا إرثًا.

(وَمَنْ لَا يَسْقُطُ) بأحدٍ (بِحالٍ) في حالٍ (خَمْسَةٌ):

(١-٢) **الزَّوْجَانِ**،

(٣-٤) **(وَالأَبَوَانِ)** الأبُ والأمُّ،

(٥) **(وَوَلَدُ الصُلْبِ)** ذكرًا كان أو غيرَه بالإجماعِ.

(وَمَنْ لَا يَرِثُ بِحَالٍ سَبْعَةٌ:

(١) **(العَبْدُ)** المُتمحِّضُ الرِّقِّ، ومثْلُه الأمَةُ،

(٢) **(وَالمُدَبَّرُ)**،

(٣) **(وَأُمُّ الوَلَدِ)**،

(٤) **(والمُكَاتَبُ)** ومثْلُهم المُبعَّضُ والمُعلَّقُ عتقُه، وكما لا يرثونَ لا يُورثونَ إلَّا المُبعَّض فيُورَثُ ما ملكَه بحُريَّتِه، وكذا كافرٌ له أمانٌ جَنَى عليه حالَ حُريَّتِه وأمانِه ثُمَّ نقضَ الأمانَ والتحَقَ بدارِ الحَربِ فسُبِيَ واستُرِقَّ وحصَلَ المَوتُ بالسِّرايةِ حالَ رقِّه، فإنَّ قدْرَ الدِّيةِ لورثَتِه.

(٥) **(وَالقَاتِلُ)** وإن لم يضمَنْ كطفلٍ، أو قُتِلَ بحقٍّ كدفعِ صيالٍ، ولو حَكَمَ بقتْلِه أو شَهِدَ به أو زكَّى به شهودَه لم يرِثْ، بخلافِ نحْوِ المُفتي على الأوْجَهِ، ولو حفَرَ بئرًا غيرَ عُدوانٍ فوقَعَ فيها مُورِّثُه وماتَ فالمَشهورُ في المَذهبِ كما قاله بعضُهم أنَّه لا يرِثُ، وصوَّبَ بعضُ المُتأخِّرينَ خلافَه، وأمَّا المقتولُ فقد يرِثُ كأنْ ماتَ جارحُه أو ضاربُه قبلَه.

(٦) (**وَالمُرْتَـدُّ**) وإن أسْـلَم بعدُ، ومثْلُه مَن في معنـاه كيَهوديٍّ تنصَّرَ، وكما لا يـرِثُ لا يورَثُ، نعَمْ لو قطَعَ طرَفَ مسـلمٍ فارتَدَّ المَقطوعُ وماتَ سـرايةً وجَبَ قودُ الطَّرفِ واستَوْفاه مَن كان وارثَه لولا الردَّةُ ومثْلُه حدُّ القذْفِ.

(٧) (**وَأَهْـلُ مِلَّتَيْنِ**) يعني الإسـلامَ والكفْـرَ بأنواعِه، فلا توارُثَ بينَ مسـلمٍ وكافرٍ وإن أسـلَمَ قبلَ قسـمةِ التَّركةِ، ويتـوارَثُ الكافـرانِ وإن اختلَفَت ملَّتُهما ودارُهما كيَهوديٍّ ونَصرانِيٍّ، أو مَجوسـيٍّ أو وَثنيٍّ، فلو كان ليهوديٍّ أو نَصرانِيٍّ ولدانِ يهوديٌّ ونَصرانِيٌّ ورِثَاه، وصورتُه أن يختلِفَ الزَّوجانِ بيهوديَّةٍ ونصرانيَّةٍ، فيختـارُ أحدُ الولدَيْنِ اليهوديَّةَ والآخرُ النَّصرانيَّةَ، فـإن المُتولِّدَ منهما يمكِنُ مِن ذلـكَ، نعَمْ لا توارُثَ بينَ حَربـيٍّ وغيرِه كذمِّيٍّ ومعاهدٍ، وقد يشـمَلُه أيضًا قولُ المُصنِّفِ: «وأهلُ مِلَّتَيْنِ».

(**وَأَقْـرَبُ العَصَبَاتِ**) جمْعُ عصبـةٍ جمْعُ عاصبٍ، ويُسـمَّى بالعصبةِ الواحدُ وغيـرُه، ذكـرًا كان أو أُنثى، يُقدَّمُ علـى مَن بعدَه في التَّعصيبِ، فـلا يرِثُ أحدٌ به مـع وجودِ الأقربِ منه، سـواءٌ ورِثَ مع وُجودِهِ بالفـرْضِ كالأبِ مع الابنِ، أو لم يرِثْ معَه أصلًا كبني الإخوةِ مع الجَدِّ، لكن في عبارتِه تسـمحٌ بالنِّسـبةِ للجَدِّ والإخوةِ كما يُعلَمُ ممَّا يأتي.

والعَصبـاتُ مَـن ليس لهُم سَـهمٌ مُقدَّرٌ مِـن الورثَـةِ، وأقربُهم (**الِابْـنُ**) لقوَّةِ عُصوبتِه؛ لأنَّه قد فُرِضَ للأبِ معَه السُّدُس وأُعطِيَ هو الباقي.

(**ثُمَّ ابْنُهُ**) وإن سفَلَ؛ لقيامِه مقامَه في سائرِ الأحكامِ، فكذا في التَّعصيب.

(**ثُمَّ الأَبُ**) لأنَّ الميِّتَ بعضُه ويُنسَبُ إليه.

(**ثُمَّ أَبُوهُ**) وإن عَلَا؛ كالأبِ.

(**ثُمَّ الأَخُ للأَبِ وَالأُمِّ**) جميعًا.

(ثُمَّ الأَخُ للْأَبِ) فقطْ، هذا إن عُدِمَ الجَدُّ، وإلَّا شـارَكَاه في التَّعصيبِ في بعضِ الأحوالِ وانفَرَدا عنه به في بعضِها على ما بُيِّنَ في المُطوَّلات.

(ثَمَّ ابْنُ الأَخِ للْأَبِ وَالأُمِّ) جميعًا.

(ثَمَّ ابْنُ الأَخِ للْأَبِ) فقطْ.

(ثُمَّ العَمُّ، عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ) أي: العَمُّ للأبِ والأمِّ، ثُمَّ العَمُّ للأبِ، **(ثُمَّ ابْنُهُ)** أي: ابنُ العَمِّ للأبِ والأمِّ، ثُمَّ ابنُ العَمِّ للأبِ، ثُمَّ عمُّ الأبِ للأبِ والأمِّ، ثُمَّ عمُّه لـلأبِ، ثُمَّ ابـنُ عمِّهِ كذلكَ، وهكـذا، والمُرادُ بالأخِ وما بعـدَه الجنسُ الصَّادقُ بالواحدِ والأكثرِ.

(فَإِذَا عُدِمَ العَصَبَاتُ) مِن النَّسـبِ والميِّت عتيقٌ **(فَالمَوْلَى المُعْتِقُ)** ذكرًا كان أو غيـرَه يأخُـذُ جميعَ المِيراثِ أو مـا بقِيَ بعدَ الفُروضِ، ثُمَّ عصبتُه بنفسِـه كابنِه وأخيـه، يُقدَّمُ الأقربُ فالأقربُ كالنَّسـبِ، فيُقدَّمُ ابنُ المُعتقِ، ثُـمَّ ابنُه وإن نزل، وهكذا، لكن يُقدَّمُ أخو المُعتقِ وابنُ أخيه على جَدِّه، وفي النَّسـبِ يُشـارِكُ الجَدُّ الأخَ ويسقُطُ ابنُ الأخِ كما تقدَّمَ.

والعِبْـرَةُ بأقربِ عَصبـاتِ المُعتقِ وقْتَ مـوتِ العَتيقِ، فلو مـاتَ المُعتقُ عنِ ابنيْـنِ، ثُمَّ أحدُهما عـنِ ابنٍ، ثُمَّ العَتيقُ، ورِثَه ابنُ المُعتـقِ دونَ ابنِ ابنِه، ولا حقَّ لعَصبتِـه بغيره، أو مـع غيرِه كبنتٍ مع معصبِها وأختِه مع بنتِـه، ثُمَّ معتقُ المُعتقِ، ثُمَّ عصبتُه كذلكَ، وهكذا، ولا ترِثُ امرأةٌ بولاءٍ إلَّا مِن عتيقِها وأولادِه وعتقائِه.

(وَالفُـرُوضُ المَذْكُورَةُ فِي كِتَابِ اللهِ تَعَالَى سِـتَّةٌ) واحتُرزَ بقيْدِ «المذكورةِ في كتـابِ اللهِ» تعالـى كما قال جمْعٌ عن ثُلُثِ الباقي للأمِّ في مسـألتَي زوجٍ أو زوجةٍ وأبويْـنِ وفـرضِ الجَدِّ في بعـضِ أحوالِه مع الإخـوةِ، وعن فروضِ بـابِ العَولِ كالسُّـبعِ والتُّسـعِ، فإنَّها لم تُذكَرْ في كتابِ اللهِ تعالى، بل هـي مِن قبيلِ الاجتهادِ،

وهذا كلامٌ صحيحٌ لا يُلاقِيه نزاعُ ابنِ الهائمِ فيه، كما يُدرِكُه الواقفُ عليه بتأمُّلِه.

(١) (النِّصْفُ)،

(٢) (وَالرُّبُعُ)،

(٣) (والثُّمُنُ)،

(٤) (والثُّلُثَانِ)،

(٥) (والثُّلُثُ)،

(٦) (والسُّدُسُ) بدأ كالجُمهورِ بالنِّصفِ؛ لأنَّه أكبرُ كسرٍ مفردٍ، ثُمَّ بالبقيَّةِ على هذا التَّرتيبِ. قال بعضُهم: لسهولةِ التَّدلي بطريقِ التَّنصيفِ.

قال السُّبكيُّ: وكنتُ أوَدُّ لو بدَؤُوا بالثُّلُثَيْنِ؛ لأنَّ اللهَ تعالى بدَأَ به حتَّى رأيْتُ أبا النَّجارِ وأبا عبدِ اللهِ ابنَ الحُسينِ بنِ مُحمَّدٍ شيخَ الخَبْرِيِّ بدأَ به، فأعجَبَنِي ذلكَ[1].

(فالنِّصْفُ[2] فَرْضُ خَمْسَةٍ:

(١) (البِنْتِ)،

(٢) (وَبِنْتِ الِابْنِ إِذَا انْفَرَدْت) أي: كلٌّ منهما، أو بنتُ الابنِ، وحذَفَ نظيرَه مِن البنتِ بقرينةِ هذا عمَّن يُعصِّبُهما وعمَّن يساوِيها مِن الإناثِ في الدَّرجةِ، أو يحجبُها حِرمانًا أو نُقصانًا.

(٣) (وَالأُخْتِ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ)،

(٤) (وَالأُخْتِ مِنَ الأَبِ) أي: إذا انفرَدَتْ كلٌّ منهما عمَّن ذُكِرَ، ففيه الحذْفُ مِن الثَّاني لدلالةِ الأوَّلِ.

---

(١) ينظر: «بداية المحتاج في شرح المنهاج» (٢/ ٥٤١)، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٦/ ١٢٨).

(٢) في (ج): «فالنصف».

(٥) (**وَالزَّوْجِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا**) أي: لزوجتِه الميِّتةِ (**وَلَدٌ**) وارثٌ ذكرٌ أو أُنثى أو خُنثى (**وَلَا وَلَدُ ابْنٍ**) وإن نزَلَ كذلكَ، سواءٌ في الولدِ والابنِ كان منه أم لا.

وخرَجَ بولدِ الابنِ ولَدُ البنتِ، وبالوارثِ: غيرُه كالرَّقيقِ.

(**وَالرُّبُعُ فَرَضُ اثْنَيْنِ**) فهو فرضٌ:

(١) (**لِلزَّوْجِ مَعَ الوَلَدِ**) أي: ولدِ الزَّوجةِ الوارثِ وإن لم يكُنْ منه ذكرًا كان أو غيرَه (**أَوْ وَلَدِ الِابْنِ**) لها وإن نزَلَ وكان مِن غيرِها كذلكَ.

(٢) (**وَهُوَ**) فرضٌ (**لِلزَّوْجَةِ**) والزَّوجتيْنِ (**وَالزَّوْجَاتِ**)، أو أرادَ بالزَّوجاتِ ما فوقَ الواحدةِ (**مَعَ عَدَمِ الوَلَدِ**) أي: ولدِ الزَّوجِ الوارثِ وإن لم يكُنْ منها أو منهُنَّ، ذكرًا كان أو غيرَه (**أَوْ وَلَدِ الِابْنِ**) أي: ابنِ الزَّوجِ الوارثِ وإن نزَلَ ولو مِن غيرِها أو غيرِهنَّ، بخلافِ ولدِ البنتِ، وسواءٌ في وَلَدِ الابنِ الذَّكرُ وغيرُه، والمعنى مع عدمِ كلٍّ منهما أخذًا مِن أو في حيِّزِ النَّفيِ.

(**وَالثُّمُنُ فَرْضُ الزَّوْجَةِ**) والزَّوجتيْنِ (**وَالزَّوْجَاتِ**)، أو أرادَ بالزَّوجاتِ ما فوقَ الواحدةِ (**مَعَ الوَلَدِ**) أي: ولدِ الزَّوجِ الوارثِ ولو مِن غيرِها أو غيرِهِنَّ ذكرًا كان أو غيرَه، (**أَوْ وَلَدِ الِابْنِ**) أي: ابنِ الزَّوجِ الوارثِ وإن نزَلَ ولو مِن غيرِها أو غيرِهِنَّ، بخلافِ ولدِ البنتِ، ويدخُلُ في الزَّوجةِ والزَّوجاتِ في جميعِ ما ذُكِرَ الرَّجعيَّةُ والرَّجعيَّاتُ، ولم يُقيِّدِ الزَّوجاتِ بالأربعِ، وقد قال البُلْقِينِيُّ: لا يُتصوَّرُ ميراثُ عددٍ زائدٍ على الأربعِ بسببِ الزَّوجيَّةِ إلَّا في صُورتيْنِ:

إحداهُما: طلَّقَ أربعًا رجعيًّا وقال: ذكرْنَ لي أنَّ عدَّتَهُنَّ انقضَتْ والحالُ ممكنٌ، فكذَّبنه؛ فالنَّصُّ في «الإملاءِ» وهو المُصحَّحُ في «الرَّوضَةِ» كأصْلِها أنَّ له تزويجَ أربعٍ حينئذٍ خلافًا لما نقَلَه القاضي عنِ الجديدِ، ولو قال هو[1]: بِنَّ

---

(١) في (هـ) «هن».

بانقضـاءِ العدَّةِ فلـه التَّزويجُ وإن أنكَـرْن، قلْتُه تخريجًا، فعليهما لـو تزوَّج أربعًا ومـاتَ وعدَّةُ أولئك بدعواهُنَّ باقيةٌ، فنصيـبُ الزَّوجةِ[1] للجميعِ على الأرجحِ، ويُحتملُ على بُعدٍ أن يختَصَّ به المُطلَّقاتُ أو الزَّوجاتُ.

الثَّانية: طلَّقَ المَريضُ أربعًا بائنًا وتزوَّجَ أربعًا وماتَ، وقلْنا بالمرجوحِ فينقَسِمُ نصيـبُ الزَّوجةِ[2] بينَ الثَّمانِ على الأرجحِ، وقيلَ: يختَصُّ به المُطلَّقاتُ، وقيلَ: الزَّوجاتُ. انتَهى.

قـال غيرُه: ويُتصوَّرُ ذلكَ فيما لو أسـلَمَ على ثمانٍ وأسـلَمْن معَه أو في العدَّةِ وماتَ قبلَ الاختيارِ.

(والثُّلُثَانِ فَرْضُ أَرْبَعَةٍ):

(١) **(البِنْتَيْنِ فَصَاعِدًا)**

(٢) **(وَبَنَاتِ الِابْنِ)** والمُرادُ اثنتانِ منهُنَّ فصاعدًا،

(٣) **(وَالأُخْتَيْنِ)** فصاعدًا **(مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ)**،

(٤) **(وَالأُخْتَيْـنِ)** فصاعدًا **(مِـنَ الأَبِ)** إذا انفرَدَ كلٌّ من الفِـرقِ الأَربعِ عمَّن يُعصِّبُهنَّ أو يحجِبُهنَّ حِرمانًا أو نُقصانًا.

(والثُّلُثُ فَرْضُ اثْنَيْنِ) فهو فرضٌ:

(١) **(لِـلأُمِّ إِذَا لَـمْ تُحْجَبْ)** عنه إلى السُّـدُسِ بمَنْ يأتي مِن ولـدِ ميتها أو ولدِ ابنِـه الوارثين، بخلافِ غيرِ الوارثين، أو اثنينِ فصاعدًا مِن إخوتِه وأخواتِه مُطلقًا وإن حُجِبوا بالشَّخصِ، نعَمْ إن كان معَها أبٌ وزوجٌ أو زوجةٌ فليس لها إلَّا ثُلُثُ الباقي كما تقدَّمَ، فإن حُجِبَتْ بمَنْ ذُكِرَ فسَيأْتي.

---

(١) في (هـ) «الزوجية».

(٢) في (هـ) «الزوجية».

(٢) (وَهُـوَ) فرضٌ (لِلاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا) أي: للاثنيْـنِ فقَطْ وللأكثرِ مِن الاثنيْنِ بناءً على ما هو الحقُّ أنَّ قولَنا: «بعْ بدرهميْنِ فصاعدًا» معناه بدرهميْنِ أو بأكثرَ.

قـال المَولَى التَّفتازانِـيُّ: وتحقيقُه أنَّه حـالٌ محذوفُ العامـلِ؛ أي: فيذهَبُ الثَّمنُ صاعدًا بمَعْنى أنَّه قد يكونُ فوقَ الدِّرهميْنِ. انتَهَى.

(مِن) جملةِ (الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ) جميعِهما أو مجموعِهما حالَ كونِ الإخوةِ والأخواتِ (مِنْ) جملةِ (وَلَدِ الأُمِّ).

(والسُّدُسُ فَرْضُ سَبْعَةٍ) فهو فرضٌ:

(١) (لِلأُمِّ) حالَ كونِها (مَعَ الوَلَدِ) الوارثِ لميِّتِها ذكرًا كان أو غيرَه، بخلافِ ولدِ البنتِ.

(٢) (أَوْ) مع (اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا مِنَ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ) له سواءٌ كانوا لأبويْنِ أو لأبٍ أم لأم، أو مختلفيْنِ، وسواءٌ كانوا وارثين أو محجوبين بالشَّخصِ، بخلافِ المحجوبين بالوصْـفِ، أو مختلفين، فلوِ اجتمَعَ معَها ولدٌ وولدُ ابنٍ واثنانِ مِن الإخـوةِ والأخواتِ، فالظَّاهـر -كما قال ابنُ الرِّفْعَةِ وغيـرُه- إضافةُ حجْبِها مِن الثُّلُـثِ إلى السُّـدُسِ إلى الولدِ أو ولـدِ الابنِ؛ لأنَّه أقْوَى، ولـو كان معَها ولدانِ ملتصقانِ لهما رأسـانِ وأربعةُ أرجلٍ وأربعةُ أيدٍ وفرجانِ، فعنِ ابنِ القَطَّانِ أنَّهما كالاثنيْنِ في جميعِ الأحكامِ مِن حَجبٍ وإرثٍ وقصاصٍ وغيرِها.

وخرَجَ بالإخوةِ والأخواتِ: أولادُهم، فلا يحجُبُونَها إلى السُّدُسِ.

فإن قيلَ: لِمَ جُعِلَ ولدُ الابنِ كالابنِ في حجْبِها إلى السُّـدُسِ ولم يُجعَلْ ولَدُ الأخِ كأبيهِ في ذلكَ؟

أُجيـبَ بالفرْقِ بإطلاقِ الوَلدِ على وَلدِ الابنِ مجازًا شـائعًا، بل قيلَ: حقيقةً،

بخـلافِ إطلاقِ الأخِ على ولدِه، وبأنَّ الوَلدَ أقْوَى حَجبًا مِن الإخوةِ لحجْبِه مَن لا يحجُبُونَه، ولقُصورِهم عن درجَةِ آبائِهم قَوِيَ الجَدُّ على حجْبِهم دونَ آبائِهم.

(٣) (**وَهُوَ**) فرضُ (**لِلْجَدَّةِ**) أمِّ الأمِّ، أو أمِّ الأبِ بشـرْطِها المُتقدِّمِ فأكثرَ (**عِنْدَ عَـدَمِ الأُمِّ**) مُطلقًـا أو الأبِ في أمِّ الأبِ، فـإن وُجِدَتِ الأمُّ مُطلقًـا أو الأبُ في أمِّ الأبِ لم ترِثْ شيئًا.

(٤) (**وَ**) هـو فـرضُ (**لِبِنْـتِ الِابْنِ**) وإن نـزَلَ فصاعدًا حالَ كونِهـا (**مَعَ بِنْتِ الصُّلْبِ**) أو مع بنتِ ابنٍ أُخرى أعْلَى منها.

(٥) (**وَهُـوَ**) فـرضُ (**لِلْأُخْتِ**) فصاعدًا (**مِنَ الأَبِ**) حـالَ كونِها (**مَعَ الأُخْتِ مِنْ الأَبِ وَالأُمِّ**).

(٦) (**وَهُـوَ فَـرْضُ الأَبِ**) حـالَ كونِه (**مَـعَ الوَلَدِ**) الـوارثِ (**أَوْ وَلَـدِ الِابْنِ**) الـوارثِ، (**وَفَرْضُ الجَدِّ**) أبي الأبِ (**عِنْدَ عَـدَمِ الأَبِ**) مع الولدِ الوارثِ أو ولدِ الابـنِ الوارثِ، فإن لم يكُنْ ولدٌ ولا ولدُ ابـنٍ كذلكَ لم يُفرَضْ لهما، ولو وُجدَ الأبُ حجَبَ الجَدَّ كما يأتي.

(٧) (**وَهُوَ فَرْضُ الوَاحِدِ**) حالَ كونِه (**مِنْ**) جملةِ (**وَلَدِ الأُمِّ**) ذكرًا كان أو غيرَه.

(**وَتَسْـقُطُ الجَـدَّاتُ**) لـلأمِّ أو لـلأبِ (**بِالأُمِّ**) وتسـقُطُ الجدَّاتُ لـلأبِ أيضًا بالأب، وتسقُطُ بُعدى كلِّ جهةٍ مِن الجَدَّاتِ بقُرْباها، فتسقُطُ أمُّ أمِّ الأمِّ بأمِّ الأمِّ، وأمُّ أمِّ أمِّ الأبِ بـأمِّ أمِّ الأبِ، وتسـقُطُ بُعدى جهـةِ الأبِ كأمِّ أمِّ أبٍ بقُرْبى جهةِ الأمِّ؛ كأمِّ أمٍّ كمـا أنَّ أمَّ الأبِ تسـقُطُ بالأمِّ، ولا تسـقُطُ بُعدى جهـةِ الأمِّ؛ كأمِّ أمِّ أمٍّ بقُرْبى جهةِ الأبِ؛ كأمِّ الأبِ بل يشـتَركانِ في السُّـدُسِ؛ لأنَّ الأبَ لا يَحجُبُ الجَدَّةَ مِن جهةِ الأمِّ، فالجَدَّةُ الَّتي تُدْلي به أَوْلى.

والبُعدى مِن جهةِ آباءِ الأبِ كأمِّ أمِّ أبي الأبِ تسقُطُ بالقُربى مِن جهةِ أمَّهاتِ الأبِ؛ كأمِّ أمِّ الأبِ، والبُعدى مِن جهةِ أمَّهاتِ الأبِ؛ كأمِّ أمِّ أمِّ الأبِ لا تسقُطُ بالقُربى مِن جهةِ آباءِ الأبِ؛ كأمِّ أبي الأبِ على ما اقتَضاه قولُ الشَّيخيْنِ[1] عنِ البَغَوِيِّ فيه القولانِ، يعني في المسألةِ قبْلَها، لكن قال ابنُ الهائمِ: الأصحُّ خلافُه؛ لِما قطَعَ به الأكثرون أنَّ قُربى كلِّ جهةٍ تحجُبُ بُعداها، ولأنَّ الموجودَ في كلامِ البَغَوِيِّ حكايةُ القَوليْنِ بلا تَرجيحٍ[2].

ولا يلزَمُ مِن التَّرتيبِ على خلافِ الاتِّحادِ في الرَّاجحِ منه، ومَنْ أكثَرَ النَّظرَ في كُتبِ القومِ لا يتوقَّفُ فيما صحَّحْناه[3]. انتهَى.

(وَ) تسقُطُ (**الأَجْدَادُ**) للأبِ (**بِالأَبِ**) وكلُّ واحدٍ منهم بالمُتوسِّطِ بينَه وبينَ الميِّتِ فيهم؛ كأبي أبِ الأبِ يسقُطُ بأبِ الأبِ.

(**وَيَسْقُطُ وَلَدُ الأُمِّ**) ذكرًا كان أو أُنثى (**مَعَ**) واحدٍ مِن (**أَرْبَعَةٍ**):

(١) (**الوَلَدِ**) ذكرًا كان أو أنثى،

(٢) (**وَوَلَدِ الِابْنِ**) كذلك،

(٣) (**وَالأَبِ**)،

(٤) (**وَالجَدِّ**) بالإجماع ولآيتي الكلالة المفسرة بمن لا ولد له ولا والد.

(**وَيَسْقُطُ وَلَدُ الأُمِّ**) ذكرًا كان أو غيرَه حالَ كونِه (**مَعَ**) واحدٍ مِن (**ثَلَاثَةٍ: الِابْنِ، وَابْنِ الِابْنِ**) وإن نزَلَ، (**وَالأَبِ**).

(**وَيَسْقُطُ وَلَدُ أَبٍ**) ذكرًا كان أو غيرَه، (**بِـ**)ـهؤلاءِ الثَّلاثةِ، (**وَبِالأَخِ مِنَ الأَبِ**

---

(١) «روضة الطالبين» (٦/ ٢٧).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ١٤).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ١٤).

وَالأُمِّ) أي: الأخِ الشَّقيقِ، ولو عبَّرَ به كان أخصَرَ.

ويسـقُط ابنُ الأخِ مِن الأبِ والأمِّ بـالأبِ وأبي الأب وإن عَلَا، والابنُ وابنُه وإن نـزَلَ، والأخُ مِـن الأبِ والأمِّ، ويسـقُطُ ابنُ ابنِ الأخِ مِـن الأبِ والأمِّ بابنِ الأخِ للأبِ، ويسقُطُ العَمُّ للأبِ والأمِّ بهؤلاءِ السَّبعةِ وبابنِ الأخِ للأبِ، ويسقُطُ العَـمُّ للأبِ بهـؤلاءِ الثَّمانيةِ وبالعَمِّ للأبِ والأمِّ، ويسـقُطُ ابنُ العَمِّ للأبِ والأُمِّ بهؤلاءِ التِّسـعةِ وبالعمِّ للأبِ، ويسقُطُ ابنُ العَمِّ للأبِ بهؤلاءِ العَشرةِ وبابنِ العَمِّ للأمِّ والأبِ، ويسقُطُ ابنُ ابنِ العَمِّ للأبِ والأمِّ بابنِ العَمِّ للأبِ، والكلامُ في عمِّ الميِّـتِ، وإلَّا فابنُ عمِّ الميِّتِ وإن نزَلَ يحجُبُ عـمَّ أبيه، وابنُ عَمِّ أبيه وإن نزَلَ يحجُبُ عمَّ جدِّه.

والأخـتُ مِـن الأبِ والأمِّ أو مِن الأبِ إذا كانت عاصبَـةً مع غيرِها تحجُبُ مَـن يحجُبُه أخوها، فتحجُبُ بني الإخوةِ والأعمامَ وبنِيهم، والشـقيقةُ تحجُبُ الأخَ لـلأبِ، بخلافِ ما إذا كانت صاحبةَ فرْضٍ فلا تحجُبُ ما يحجُبُه أخوها؛ أي: وبخـلاف ما إذا كانـت عاصبةً لا مع غيرِها، كمَع الجَدِّ كما في بعضِ صُورِ المُعـادةِ حيـثُ يَبْقى بعـدَ نصيبِ الجدِّ أكثرُ مِـن النِّصفِ، وتسـقُطُ بناتُ الابنِ بالابـنِ وبنتيْـنِ إن لم يكُنْ معَهُنَّ مَـن يُعصِّبُهنَّ كأخٍ وابنِ عـمٍّ، وإلَّا أخذْنَ معَه الباقي بعدَ ثُلُثي البنتيْنِ بالتَّعصيبِ.

وتسـقُطُ الأخـواتُ مِـن الأَبِ بأُختيْنِ مِـن الأبِ والأمِّ، فـإن كان معَهُنَّ أخٌ عصَّبَهنَّ كما سيأتي، وبالأختِ مِن الأبِ والأمِّ معَها بنتٌ أو بنتُ ابنٍ.

وتسـقُطُ كلُّ عَصبةٍ ممَّن يسقُطُ باستغراقِ ذوي الفُروضِ للتَّركةِ؛ كزوجٍ وأمٍّ وأخٍ منها وعَمٍّ، فالعَمُّ ساقطٌ بالاستغراقِ، نعَمْ الأخُ مِن الأبِ والأمِّ في المُشتَركةِ والأُختُ مِن الأبِ والأمِّ أو مِن الأبِ في الأَكدَريَّةِ لا يَسقطانِ بذلكَ.

(**وَأَرْبَعَةٌ**) مِن الذُّكورِ (**يُعَصِّبُونَ أَخَوَاتِهِمْ**) وهم:

(١) (**الِابْنُ**)،

(٢) (**وَابْنُ الِابْنِ**) وإن نزَلَ،

(٣) (**وَالأَخُ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ**)،

(٤) (**وَالأَخُ مِنَ الأَبِ**) فالمُرادُ الجنسُ الصَّادقُ بالمُتعدِّدِ في الجميعِ، وهذه العبـارةُ تفيد حصْرَ تعصيبِهم في أخواتِهم الأربعةِ، لا حصرَ الأربعِ في تعصيبِهم وإن أوهَمَـتْ ذلكَ، فـلا يُنافِي أنَّ ابنَ الابـنِ يُعصِّبُ غيرَ أختِـه أيضًا مِن بناتِ الابـنِ ممَّن في درجَتِه كبنتِ عمِّـه، وكذا مَن هي فوقَه كعمَّتِه، وعمَّةِ أبيه، وعمَّةِ جـدِّه، وبنتِ عـمِّ أبيه، وبنتِ عمِّ جدِّه إن لم يكُنْ لها شـيءٌ مِـن الثُّلُثيْنِ، ولأنَّ الأختَ شقيقةً كانت أو لأبٍ يعصبُها الجدُّ في بعضِ الصُّورِ.

(**وَأَرْبَعَةٌ**) مِن الذُّكورِ (**يَرِثُونَ دُونَ أَخَوَاتِهِمْ، وَهُم**:

(١) (**الأَعْمَامُ**) لأبويْنِ أو لأبٍ،

(٢) (**وَبَنُو الأَعْمَامِ**) كذلكَ،

(٣) (**وَبَنُو الأَخِ**) لأبويْنِ أو لأبٍ،

(٤) (**وَعَصَبَـاتُ المَوْلَـى**) أي: المُعتـقِ؛ لأنَّ الأخـواتِ في الأربعةِ الأُولى مِـن ذوي الأرحامِ، وفي الباقي لا حقَّ لهُـنَّ في الولاءِ، والمُرادُ الجنسُ الصَّادقُ بالواحدِ والاثنيْنِ في الجميعِ، وكأنَّه سكَتَ عنِ الأبِ والجَدِّ فإنَّهما أيضًا يرثانِ دونَ أختَيْهِما لفهمِهِما مِن الأعمامِ بجامعِ أنَّ الأختَ في المَوضعيْنِ عمَّةٌ.

❁ ❁ ❁

(فَصْلٌ)
فِي الوَصِيَّةِ

هي كقولِـه: «أوصَيْتُ للفُقراءِ بثُلُثِ مالي»، أي: تبرَّعْتُ لهم بعدَ موتي، ولها أركانٌ:

الأَوَّلُ: المُوصَـى به وقد ذكَـره بقولِه: **(وَتَجُوزُ)** أي: تحِـلُّ وتصِحُّ **(الوَصِيَّةُ بِالمَعْلُـومِ)** كـ «أوصَيْتُ له بهذا العبـدِ» أو «بدينارٍ» **(وَالمَجْهُولِ)** كـ «أوصَيْتُ له بعبـدٍ مِن عبيدي» أو «بأحَدِ العبدَيْنِ»، ويعيِّنُه الوارثُ **(وَالمَوْجُودِ)** عندَ الوَصيَّةِ والمَـوتِ أو عنـدَ المَوتِ فقَـط؛ كأنْ أوْصَى له بعبدٍ مِن عبيـدِه فوُجِدَ في مالِه في الحاليْـنِ أو عندَ المَوتِ، وكذا بهذا العَبدِ وإن لم يـردْ[1] «إن ملكْتُه» وملَكَه عندَ المَـوتِ كمـا في «الرَّوضَةِ»[2]، لكن قال ابنُ الرِّفْعَةِ: إذا لـم يرِدْ[3] ما ذكرَ الظَّاهرُ البطلانُ، وكلامُ الشَّافعيِّ والأكثرين يقتَضِيه.

قال البُلْقِينِيُّ: وهو المُفتَى به، فقد نصَّ عليه الشَّافعيُّ وجزَمَ به الرَّافِعيُّ في الكتابةِ واقتَضَـى كلامُه الاتِّفاقَ عليـه[4]، فإن لـم يُوجَـدْ في الأوَّلِ[5] في مالِه عندَ المَوتِ بطَلَتْ، بخلافِ ما لو قال فيها: «بعبدٍ مِن مالي» ولـم يُوجَدْ حينئذٍ فيشتري له.

(وَالمَعْدُومِ) عندَ المَوتِ والوَصيَّةِ؛ كأنْ أوْصَى بما تحمِلُه الدَّابَّةُ أو الشَّـجرةُ أو بما يحدُثُ مِن نحْوِ حمْلٍ وثمرةٍ وصوفٍ ولبنٍ، وفي مسألةِ الحمْلِ إن أوْصَى بما تحمِلُه هذا العامَ أو كلَّ عامٍ فذاكَ، وإن أطلَقَ فقال: أوصَيْتُ بما تحمِلُه فهل يعمُّ كلَّ عامٍ أو يختَصُّ بالعامِ الأوَّلِ؟ قال ابنُ الرِّفْعَةِ: الظَّاهرُ العمومُ. انتَهى.

---

(١) في (ج): «نرد». وفي (هـ): «يزد».

(٢) «روضة الطالبين» (٦/ ٣٠٦).

(٣) في (ج): «نرد». وفي (هـ): «يزد».

(٤) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣٦).

(٥) في (هـ): «الأولى».

ويقاسُ بها البقيَّةُ، وفي مسألةِ حُدوثِ الحمْلِ يُشترطُ[١] انفصالُه لمُدَّةٍ يُمكِنُ حدوثُه فيها بعدَ الوَصيَّةِ، كأن ينفصِلَ لأكثرَ مِن أربعِ سنينَ، وكذا لِما بينَه وبينَ ستَّةِ أشهرٍ وهي ذاتُ فراشٍ يُمكِنُ الحُدوثُ منه.

ومِن الوَصيَّةِ بالمَعدومِ الوَصيَّةُ بالمَنافعِ؛ كأنْ أوْصَى بمنافعِ رقيقِه أو دارِه سنةً أو أبدًا، فإن أطلَقَ حُمِلَ على التَّأبيدِ.

ولم يُقيَّدِ الوَصيَّةَ بالمال لصحَّتِها بغيرِه؛ ككلبٍ مُعلَّمٍ وسِرجينٍ وخَمرٍ مُحتَرمةٍ، لكن ينافِيه قولُه الآتي: «من كل مالك» إلَّا أن يُحمَلَ المِلْك فيه على ما يشمَلُ الاختصاصَ.

(وَهِيَ) أي: الوَصيَّةُ معتبَرةٌ (مِنَ الثُّلُثِ) بعدَ الدَّينِ عندَ المَوتِ وإن لم يكُنْ له مالٌ عندَ الوَصيَّةِ.

(فَإِنْ) كان عليه دَينٌ مستغرِقٌ لم تنفُذِ الوَصيَّةُ في شيءٍ، لكن يُحكَمُ بانعقادِها حتَّى لو برِئَ منه بإبراءٍ أو غيرِه نفَذَتْ، وإن لم يكُنْ عليه دَيْن أو برِئَ منه فإن خرَجَ ما أوْصَى به مِن الثُّلُثِ حينئذٍ فذاكَ.

وإن (زَادَ) عليه (وُقِفَ) أي: الزَّائدُ (عَلَى إِجَازَةِ الوَرَثَةِ) عندَ المَوتِ المُطلقين[٢] التَّصرُّفَ فإن أجازُوه فذاكَ، وإجازتُهم تنفيذٌ لا عطيةٌ مبتدأةٌ، أو ردُّوه بطَلَتْ، وفي مسألةِ الوَصيَّةِ بالمَنفعَةِ حيثُ قُيِّدَتْ بمُدَّةٍ إنَّما يُعتبَرُ مِن الثُّلُثِ التَّفاوتُ بينَ قيمتِه بمَنفعَتِه وقيمتُه مسلوبُها، فإذا كانت قيمتُه بمنفعتِه مئةً وبدونِها ثمانين فالوَصيَّةُ بعِشرينَ، والعِبْرَةُ في الإجازةِ والرَّدِّ بما بعدَ المَوتِ، فلمَنْ أجازَ أو رَدَّ قبْلَه الرَّدُّ أو الإجازةُ بعدَه، ولا عبْرةَ بالزِّيادةِ على الثُّلُثِ قبلَ المَوتِ إذا لم يزِدْ عليه عندَه، ولا بإجازةٍ أو ردٍّ مَن ليس وارثًا عندَ المَوتِ، وإن

(١) في (ج): «اشترط».
(٢) في (ج): «المطلقي».

كان وارثًا عندَ الوَصيَّةِ بخلافِ الوارثِ عندَ المَوتِ الغيرِ الوارثِ عندَ الوَصيَّةِ ولا مَن ليس مُطلقَ التَّصرُّفِ مِن الورثَةِ، لكن هل تبطُلُ الوَصيَّةُ أو تُوقَفُ أو يرُدُّها وليُّه؟

أفْتَى السُّبكيُّ بالبُطلانِ، ويجب حمْلَه على ما إذا لم تُتوقَّعْ أهليَّته وإلَّا انتظرت، ولو كان الوارثُ بيتَ المالِ بطَلَتْ؛ لأنَّ الحقَّ للمُسلمينَ فلا مُجيزَ، والوَصيَّةُ بالزِّيادةِ على الثُّلُثِ.

قال المُتولِّي وغيرُه: مكروهةٌ، وقال القاضي وغيرُه: محرَّمةٌ.

ويُستحَبُّ أن ينقُصَ عنِ الثُّلُثِ شيئًا، وقيلَ: إن كانت ورثَتُه أغنياءَ استَوْفَى الثُّلُثَ، وإلَّا فيُستحَبُّ النَّقصُ، كذا في «الرَّوضَةِ»[1]، وجزَمَ بالثَّاني في «شرحِ مُسلمٍ»[2]، ونقَلَه عنِ الأصحابِ ونصَّ عليه في «الأمِّ»[3]، وصوَّبَه الزَّرْكَشِيُّ[4].

(**وَلَا تَجُوزُ**) أي: لا تصِحُّ (**الوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ**) خاصٍّ عندَ المَوتِ ولو بما يخرُجُ مِن الثُّلُثِ (**إِلَّا أَنْ يُجِيزَهَا باقِي الوَرَثَةِ**) عندَ المَوتِ المُطلقين[5] التَّصرُّفِ فتصِحُّ، وإجازتُه تنفيذٌ كما تقدَّمَ، وفيما لو كان باقي الورثَةِ أو بعضُه غيرَ مُطلقين[6] التَّصرُّفِ ما تقدَّمَ عنِ السُّبكيِّ وغيرِه، فإن أوْصَى لوارثٍ عامٍّ كأنْ كان وارثُه بيتَ المالِ فالوَصيَّةُ بالثُّلُثِ فأقلَّ صحيحةٌ دونَ ما زادَ.

الرُّكنُ الثَّاني: المُوصِي، وذكَرَه بقولِه: (**وَتَجُوزُ**) أي: تصِحُّ (**الوَصِيَّةُ مِنْ كُلِّ مَالِكٍ عَاقِلٍ**) بالغٍ حُرٍّ ولو كافر، أو محجورًا عليه بسفَهٍ، بخلافِ غيرِ المالكِ، وبخلافِ المجنونِ والصَّبيِّ وإن ميَّزَ، والرَّقيقِ وإن عتَقَ قبلَ المَوتِ.

---

(١) «روضة الطالبين» (٦/ ١٢٢).
(٢) «شرح النووي على مسلم» (١١/ ٨٣).
(٣) «الأم» (٥/ ٢٢٠).
(٤) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٦).
(٥) في (ج): «المطلقي».
(٦) في (ج): «مطلقي».

الرُّكنُ الثَّالثُ: المُوصَى له، وهو إمَّا جهةٌ أو غيرُها، فإن كان غيرَ جهةٍ فشرْطُه أنْ يكـونَ مُعيَّنًا أهـلًا للملْكِ كما ذكَـرَه بقولِه: (**لِكُلِّ مُتَمَلِّـكٍ**) أي: أهلٍ لملكِ المُوصَى به كالحمْلِ بأنْ عُلِمَ وجودُه عندَ الوَصيَّةِ بأنِ انفصَلَ لدُونِ سـتَّةِ أشـهرٍ منها أو لأكثَرَ إلى أربعِ سنين، ولم تكُنِ المرأةُ فراشًا لمن يمكِنُ كونُ الحمْلِ منه مِن زوجٍ أو سـيِّدٍ للعلْمِ بوجودِه عندَها في الأوَّلِ، وكونِ الظَّاهرِ في الثَّاني وجودَه عندَهـا لندْرةِ وطءِ الشُّـبهةِ، وفي تقديرِ الزِّنا إسـاءةُ ظنٍّ، نعَمْ لو لـم تكُنِ المَرأةُ فراشًا قطُّ أي: قبلَ الوَصيَّةِ؛ لم تصِحَّ الوَصيَّةُ، كما نُقلَ عنِ الأستاذِ أبي مَنصورٍ، بخـلافِ ما لوِ انفصَـلَ لأكثَرَ مِن أربعِ سـنين أو دونَه، والمرأةُ فـراشٌ لمَن ذُكِرَ لحدوثِـه بعدَها في الأُولى، واحتمالِ حدوثِه معَهـا أو بعدَها في الثَّانيةِ، والأصْلُ عدمُه، وفارَقَ الأصْلَ فيما إذا كانت فراشًـا كما تقدَّمَ بمُعارضتِه بالظَّاهرِ هناكَ، وكالمسـجدِ بـأنْ أوْصَى بعمارتِه ومصالحِه أو أطلَـقَ وتُحمَلُ عليهما، وكذا إن قصَـدَ تمليكَه كما بحَثَه الرَّافعيُّ[(١)] ورجَّحَه النَّـوويُّ[(٢)]؛ لأنَّ له مِلكًا وعليه وقفًا ويقبَلُ الوَليُّ الوَصيَّةَ للحملِ ولو قبلَ انفصالِه كما صحَّحَه الخُوارِزميُّ واقتَضى كلامُ الشَّـيخيْنِ[(٣)] كما قاله الزَّرْكَشِيُّ أنَّ الأَكثرينَ عليه ويُوافِقُه ما ذكَرُوه في بابِ الإقرارِ مِن أنَّه يصِحُّ الإقرارُ للحمْلِ ويُحمَلُ على جهةٍ مُمكنةٍ كوصيَّةٍ، وقيلَ: لا يصِحُّ قبولُه قبلَ انفصالِه حيًّا، وجزَمَ به في «الرَّوضِ»[(٤)].

ومِـن الوَصيَّةِ للتَّملـكِ[(٥)] الوَصيَّةُ لرقيقٍ؛ لأنَّها محمولةٌ على الوَصيَّةِ لسـيِّدِه ويقبَلُها الرَّقيقُ وإن نَهاهُ السَّـيِّدُ دونَ السَّـيِّدِ وإن ماتَ الرَّقيقُ قبلَ قبولِه، ولو كان الرَّقيقُ قاصرًا[(٦)] فهل يُنتظَرُ كمالُه أو يقبَلُ السَّيِّدُ كوَليِّ الحُرِّ؟

---

(١) «الشرح الكبير» (٧/ ١٩).
(٢) «روضة الطالبين» (٦/ ١٠٦).
(٣) «الشرح الكبير» (٧/ ١١)، و«روضة الطالبين» (٦/ ١٠٠).
(٤) «الروض» (ص ٣٨٣-٣٨٤).
(٥) في (هـ): «للمتملك».
(٦) في (هـ): «صغيرًا».

قال شيخُ مشايخِنا: الظَّاهرُ الثَّاني، ولو عتَقَ قبلَ موتِ المُوصِي فالوَصيَّةُ له، أو عتَقَ بعضُه فله منها بقدْرِ ما عتَقَ والباقي لمالكِه، كما بحَثَه البُلْقِينِيُّ وإن عتَقَ بعدَ موتِه ولو قبلَ القبولِ فهي للسَّيِّدِ، ولو قارَنَ العِتقُ المَوتَ فيه نظرٌ، ولا يبعُدُ أنَّه كالعِتقِ قبْلَه، هذا كلُّه إذا لم يقصِدِ المُوصِي تمليكَه، فإن قصَدَه قال في «المطلبِ»: لم تصِحَّ كنظيرِه في الوقْفِ[1].

وفرَّقَ السُّبكيُّ بأنَّ الاستحقاقَ هنا منتظَرٌ، فقد يعتِقُ قبلَ موتِ المُوصِي فيكونُ له أوْ لا فلمالكِه بخلافِه ثَمَّ، فإنَّه ناجِزٌ وليس الرَّقيقُ أهلًا للملْكِ[2]. انتَهى.

وهو أوجَهُ إلَّا أنَّ الأقربَ إذا لم يعتِقِ البطلانُ، ولو بِيعَ بعدَ المَوتِ ولو قبلَ القبولِ فالملْكُ للبائعِ أو قبلَ المَوتِ فللمُشتري.

وخرَجَ بالمُعيَّنِ: غيرُه؛ كأنْ أوْصَى لأحدِ الرَّجلَيْنِ، نعَمْ إن قال: أعْطُوا هذا لأحدِ هذيْنِ صحَّ، وفرْقٌ بأنَّه في الأوَّلِ تمليكٌ لغيرِ معيَّنٍ فلم يصِحَّ، وفي الثَّاني وصيَّةٌ بالتَّمليكِ، وهو مِن المُوصَى إليه لا يكونُ إلَّا لمُعيَّنٍ مِنهما.

وبمتملكٍ: غيرُه؛ كأنْ أَوْصَى لميِّتٍ، نعَمْ إن قال: اصرِفُوا هذا الماءَ لأَوْلى النَّاسِ وهناك ميِّتٌ قُدِّمَ على الحيِّ المُتنجِّسِ.

قال الرَّافعيُّ[3]: ولا يُشترَطُ أنْ يكونَ له وارثٌ يقبَلُ له.

أو لكافرٍ بمسلمٍ أو بمصحفٍ، أو لحَربيٍّ بسلاحٍ، أو لدابَّةٍ سواءٌ أطلَقَ أو قصَدَ تمليكَها، فإن فسَّرَ بعلَفِها صحَّتْ؛ لأنَّ علَفَها على مالكِها فهو المَقصودُ بالوَصيَّةِ، فيُشترَطُ قبولُه، ويتعيَّنُ الصَّرفُ لجهةِ الدَّابَّةِ رعايةً لغَرضِ المُوصِي.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣١). (٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣١).
(٣) «الشرح الكبير» (٧/ ١٨).

ولا يُسلَّمُ علَفُها للمالكِ بل يصرِفُه الوَصِيُّ إن كان، وإلَّا فالقاضي ولو بنائبِه، فإن ماتَ صارَ المِلْكُ غيرَ مقيَّدٍ، وإن ماتَ الموصِي قبلَ التَّفسيرِ رُوجِعَ وارثُه، فإن قال: «أرادَ العلَفَ» صحَّتْ، أو التَّمليكَ و«حلَفَ»، أو «لا أدْرِي» بطلَتْ، كما في «البيانِ»[1] عنِ «العدَّةِ».

ولو بِيعَتْ قبلَ موتِ المُوصِي فالوصيَّةُ للمُشتري، أو بعدَه فللبائعِ، وإذا قبِلَ الوصيَّةَ صرَفَها للدَّابَّةِ وإن صارَتْ مِلْكَ غيْرِه. هذا حاصِلُ كلام النَّوويِّ.

وبحَثَ الزَّرْكشِيُّ صحَّةَ الوَصيَّةِ للخَيلِ المُسبَّلَةِ وإن أطلَقَ، أخْذًا مِن صحَّةِ الوقْفِ عليها، وعدمِ صحَّةِ الوَصيَّةِ مطلقًا لوَحشٍ يملِكُه زيدٌ؛ لأنَّ علَفَ مثْلِه لا يُقصَدُ الإرفاقُ به عادةً، أخْذًا مِن إضافةِ الدَّابَّةِ إلى زيدٍ، والأقربُ خلافُه.

وإن كان جهَةً فشرْطُه انتفاءُ المَعصيةِ في الوَصيَّةِ له، سواءٌ ظهَرَتْ فيه القُربَةُ كعِمارةِ المَساجدِ، وإن كان المُوصِي كافرًا واعتقَدَه حرامًا اعتبارًا باعتقادِنا، وعمارةِ قبورِ الأنبياءِ والعُلماءِ الصَّالحينَ؛ لِما فيها مِن إحياءِ الزِّيارةِ والتَّبرُّكِ بها.

قال صاحبُ «الذَّخائرِ»: ولعلَّ المُرادَ أن يبنِيَ على قبورِهم القِبابَ والقناطِرَ كما يُفعَلُ في المَشاهِدِ إذا كان الدَّفنُ في مواضِعَ مملوكةٍ لهم، أو لمَنْ دفَنَهم فيها، لا بناءَ القبورِ نفْسِها؛ للنَّهيِ عنه، ولا فعْلَه في المَقابرِ المُسبَّلةِ؛ فإنَّ فيه تضييقًا على المُسلمينَ.

قال الزَّرْكشِيُّ: وفيه نظرٌ. والمتَّجِهُ أنَّ المرادَ بعمارتِها ردُّ التُّراب فيها، وملازمتُها خوفًا مِن الوَحشِ، والقِراءةُ عندَها، وإعلامُ الزَّائرينَ بها كَيْلا[2] تندَرِسَ. قال شيخُ مشايخِنا: والأوَّلُ هو المُتبادَرُ.

---

(١) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٨/ ٢٣٦).

(٢) في (ج): «لئلا».

ومنه ما ذكَرَه بقولِه: (وَتَجُوزُ) الوَصيَّةُ (فِي سَبِيلِ اللهِ تَعَالَى) كـ «أوصَيْتُ بثلُثِ مالي في سبيلِ اللهِ تعالى» أو «لسبيلِ اللهِ تعالى»، وتُصرَفُ لغُزاةِ الزَّكاةِ، ولو قال: «أوصَيْتُ بكذا للهِ» صحَّ، وصُرِفَ لوُجوهِ البِرِّ، وإن لم يقُلْ: «للهِ» صحَّ، وصُرِفَ للمساكينِ، أو لم تظهَرْ كالأغنياءِ والذِّمِّيينَ وفكِّ أسارى الكفَّارِ مِن أيدِي المسلمينَ.

أمَّا جهَةُ المَعصيةِ فتمتنِعُ الوَصيَّةُ لها كأهْلِ الحرْبِ وأهْلِ الرِّدَّةِ؛ كعِمارةِ كنيسةٍ للتَّعبُّدِ ولو ترميمًا، وإسراجِها تعظيمًا لها، وكتابةِ التَّوراةِ والإنجيلِ، وقراءتِهما مِن كافرٍ أو غيْرِه، بخلافِ كنيسةٍ تنزِلُها المارَّةُ، أو موقوفةٍ على قومٍ يسكُنُونَها ولو مارَّةَ أهْلِ الذِّمَّةِ فقَطْ فيهِما، وظاهِرُه الصِّحَّةُ وإن سمَّاها كنيسةً، وهو المتَّجِهُ، وإن جزَمَ السُّبكِيُّ بالبُطلانِ إذا سمَّاهَا كنيسةً، ولو قال: «لنزولِ المارَّةِ والتَّعبُّدِ» فوجهانِ، والأوجَهُ البُطلانُ؛ لوُجودِ جهةِ المَعصيةِ.

الرُّكنُ الرَّابعُ: الصِّيغةُ، وهي لفْظٌ ولو حكمًا يشعِرُ بها صريحًا، كأن قال: «أوصَيْتُ له بكذا» أو «أعْطُوه كذا»، أو كنايةً؛ كقوله: «هو له مِن مالِي» أو «وهبْتُه له» أو «جعَلْتُه له بعدَ موتِي».

ومنها: الكتابةُ، ولو كان المكتوبُ صريحًا إنِ اعترَفَ نطقًا هو أو وارِثُه بأنْ نَوَى الوَصيَّةَ، فلو كتَبَ: «أوصَيْتُ لفلانٍ بكذا» أو «أشهَدَ أنَّ الكتابَ خطُّه وما فيه وصيَّتُه» ولم يُطلِعِ الشُّهودَ على ما فيه، لم تنعقِدْ وصيَّتُه.

وفي «البحْرِ» لو قال: «كلُّ مَن ادَّعَى عليَّ بعدَ موتِي فأعْطُوه ما يدَّعِيه، ولا تطْلُبوا منه حجَّةً» كان كالوصيَّةِ تُعتبرُ مِن الثُّلُثِ، ولا يتوقَّفُ على حُجَّةٍ.

وفي «الإشرافِ»: لو قال المريضُ: «ما يدَّعِيه فلانٌ فصدِّقُوه» فماتَ، قال الجُرْجانِيُّ: هذا إقرارٌ بمَجهولٍ، وتعيينُه للوَرثَةِ، ولا بدَّ مِن قبولِ المُوصَى له إن كان معيَّنًا مَحصورًا ولو متعدِّدًا كبني زيدٍ، ويجِبُ استيعابُهم والتَّسويةُ بينَهم.

فإنْ كان المُعيَّنُ غيْرَ آدمِيٍّ كمَسجدٍ، قال ابنُ الرِّفْعَةِ: لابدَّ مِن قَبولِ قيمةٍ فيما نظُنُّه.

ولعلَّه أقرَبُ مِن قولِ الأَذْرَعِيِّ: الأقربُ أنَّه كالوَصيَّةِ لجهةٍ عامَّةٍ، فلا تحتاجُ إلى قَبولٍ، بخلافِ غيرِ المَحصورِ كالفُقراءِ، فلا يُشتَرطُ قبولُه، ويجوزُ الاقتصارُ منه على ثلاثةٍ، ولا تجِبُ التَّسويةُ بينَهم.

ولا حاجةَ إلى القَبولِ فيما لو كان المُوصَى به إعتاقًا كـ «أعْتِقُوا عنِّي فلانًا بعدَ موتِي»، بخلافِ ما لو أوْصَى له برقبَتِه؛ لاقتضاءِ الصِّيغةِ القبولَ.

ووقْتُه كالرَّدِّ بعدَ المَوتِ ولو على التَّراخِي، فإن ماتَ المُوصَى له قبلَ موتِ المُوصِي أو معَه بطَلَتِ الوصيَّةُ، أو بعدَه بلا قبولٍ ولا ردٍّ خلَفَه وارِثُه ولو عامًّا، ولو قبلَ بعْضَ الموصَى به، ففيه احتمالانِ للغزَالِيِّ، والأوجَهُ الصِّحَّةُ، وإن رجَّحَ في نظيرِه من الهبَةِ البُطلانَ؛ لأنَّ الوَصيَّةَ أوسَعُ، وبالقبولِ يتبيَّنُ الملْكُ مِن حينِ المَوتِ، فلا يصِحُّ ردُّه ولو قبلَ القبْضِ على الأصحِّ عندَ الشَّيخيْنِ، وإن صحَّح في «تصحيحِ التَّنبيهِ» خلافَه.

وله الفوائدُ الحاصلةُ وعليه المُؤنةُ مِن حينئذٍ فلمَنْ أنفَقَ عليه بإذْنِ الحاكمِ أو مع الإشهادِ عندَ فقْدِه الرُّجوعُ عليه، وللوارِثِ والرَّقيقِ المُوصَى به والقائمِ مقامَهما مِن وَليٍّ ووَصِيٍّ مُطالبةُ المُوصَى له بالقبولِ أو الرَّدِّ إن توقَّفَ فيهما، فإنِ امتنَعَ حُكِمَ عليه بالرَّدِّ، ومَحلُّه في المُتصرِّفِ لنفْسِه، أما لوِ امتنَعَ الوَلِيُّ مِن القَبولِ لمَحجورِه وكان الحظُّ له فيه فالمتَّجهُ كما قال الزَّرْكشِيُّ أنَّ الحاكِمَ يقبَلُ له، ولا يُحكَمُ بالرَّدِّ، فإن لم يفعَلْ فالمتَّجِهُ جوازُ قبولِه إذا رجَعَ.

(**وَتَصِحُّ الوَصِيَّةُ**) بمَعنَى الإيصاءِ بنحْوِ قضاءِ دَينٍ، وتنفيذِ وصيَّةٍ، ورَدِّ وديعةٍ وعاريةٍ، وأمرِ محجورٍ عليه لجُنونٍ أو سفَهٍ أو صِغرٍ ولو حملًا، إن كان مَوجودًا

حالَ الإيصاءِ أو تابعًا لموجودٍ حالَ الإيصاءِ على أولادِه المَوجودينَ ومَنْ يحدُثُ، كما نقَلَه البُلْقِينيُّ عن نصِّه، مِن حُرٍّ مُكلَّفٍ مختارٍ في الجميعِ ذي[1] ولايةٍ ابتداءً مِن الشَّرعِ، أو مأذونٍ له فيه في أمرِ المَحجورِ، بخلافِ الرَّقيقِ والصَّبيِّ والمَجنونِ والمُكرهِ مُطلقًا ووَصِيٍّ لم يُؤذَنْ له في أمرِ المَحجورِ، فلا يصِحُّ إيصاؤُهُم.

وإنَّما يصِحُّ الإيصاءُ **(إِلَى مَنِ اجْتَمَعَتْ فِيهِ)** عندَ الموتِ وكذا عندَ القَبولِ كما نقَلَه ابنُ العِمادِ، ووجَّهَهُ بأنَّ الفِسْقَ والعجْزَ واختلالَ النَّظرِ ينعزِلُ به دوامًا فابتداءً أَوْلى.

(خَمْسُ خِصَالٍ) وتعبيرُه بالصِّحَّةِ لا يُنافِي استحبابَها فيما ذُكِرَ، ولا وجوبَها إذا عجِزَ في الحالِ عن قضاءِ حقٍّ ليس به شهودٌ، بل قال الأَذْرَعِيُّ: يظهَرُ أنْ يجِبَ على الآباءِ الوَصيَّةُ في أمْرِ الأطفالِ ونحْوِهم إذا لم يكُنْ لهم جَدٌّ أهْلٌ للولايةِ إلى ثقةٍ كافٍ وجيهٍ إذا وجَدَه وغلَبَ على ظنِّه أنَّه إنْ ترَكَ الوَصيَّةَ استَوْلَى على مالِه خائنٌ مِن قاضٍ أو غيرِه منَ الظَّلَمةِ، إذ يجِبُ عليه حفْظُ مالِ ولدِه عنِ الضَّياعِ.

(الإِسْلَامُ، وَالبُلُوغُ، وَالعَقْلُ، وَالحُرِّيَّةُ، وَالأَمَانَةُ) أي: العَدالَةُ ولو ظاهرَةً، فلا تصِحُّ الوَصيَّةُ إلى كافرٍ، أو صَبيٍّ، أو مَجنونٍ، أو رَقيقٍ وإن أذِنَ له سيِّدُه، أو فاسقٍ.

نعَمْ يصِحُّ إيصاءُ الذِّمِّيِّ في محجورِه الذِّمِّيِّ إلى ذمِّيٍّ معصومٍ عدْلٍ في دِينِه، كما يصِحُّ إيصاؤُه إلى المُسلمِ، فلو أوْصَى إليه وجعَلَ له أن يُوصِيَ مِن غيرِ نصٍّ له على الإيصاءِ إلى ذمِّيٍّ فهل له أن يُوصِيَ إلى ذمِّيٍّ كالمُوصِي أوْ لا؛ لأنَّ المُوصي يلزمهُ رعايةُ المَصلحةِ الرَّاجحةِ، والتَّفويضِ إلى المُسلمِ أرجَحُ في نظرِ الشَّرعِ؟ فيه تردُّدٌ اعتمَدَ منه ابنُ العِمادِ ومَن وافقَه الثَّانِيَ.

---

(١) في (ن): «وله».

وشمِلَ كلامُه الأعْمَى والأُنْثى، وهو كذلكَ، بل أمُّ الأطفالِ أَوْلى مِن غيْرِها، وأجيـرُ العَيْنِ -وهو الأوجَهُ خلافًا لابنِ الرِّفْعَـةِ- لأهليَّتِه للتَّصرُّفِ وتمكُّنِه مِن الإنابةِ، بخلافِ الرَّقيقِ.

قـال السُّـبكِيُّ: ومُقتضـى كلامِهم أنَّـا إذا صحَّحْنا وصيَّـةَ المُبـذِّرِ فله تعيينُ شخصٍ لتنفيذِها، وهو محتملٌ، ومنْعُه أيضًا محتملٌ، قاله القاضي. انتَهى.

لكـن قال في «المَطْلبِ» وتبِعَـه القَمُولِيُّ: والذي يقتَضِيـه الفقْهُ عدمُ صحَّتِها منه، والوجْهُ ضبْطُه بكلِّ مَن يصِحُّ تصرُّفُه. انتَهى.

ولا بـدَّ في الوَصِـيِّ أيضًا مِن كفايتِـه في التَّصرُّفِ المُوصَى بـه، وعدمِ عداوتِه للمُولى عليه، فلا يصِحُّ الإيصاءُ إلى مَن لا يكْفِي في التَّصرُّفِ لنحْوِ سَفهٍ أو هَرمٍ، ولا مَن بينَه وبينَ المُولى عليه عداوةٌ.

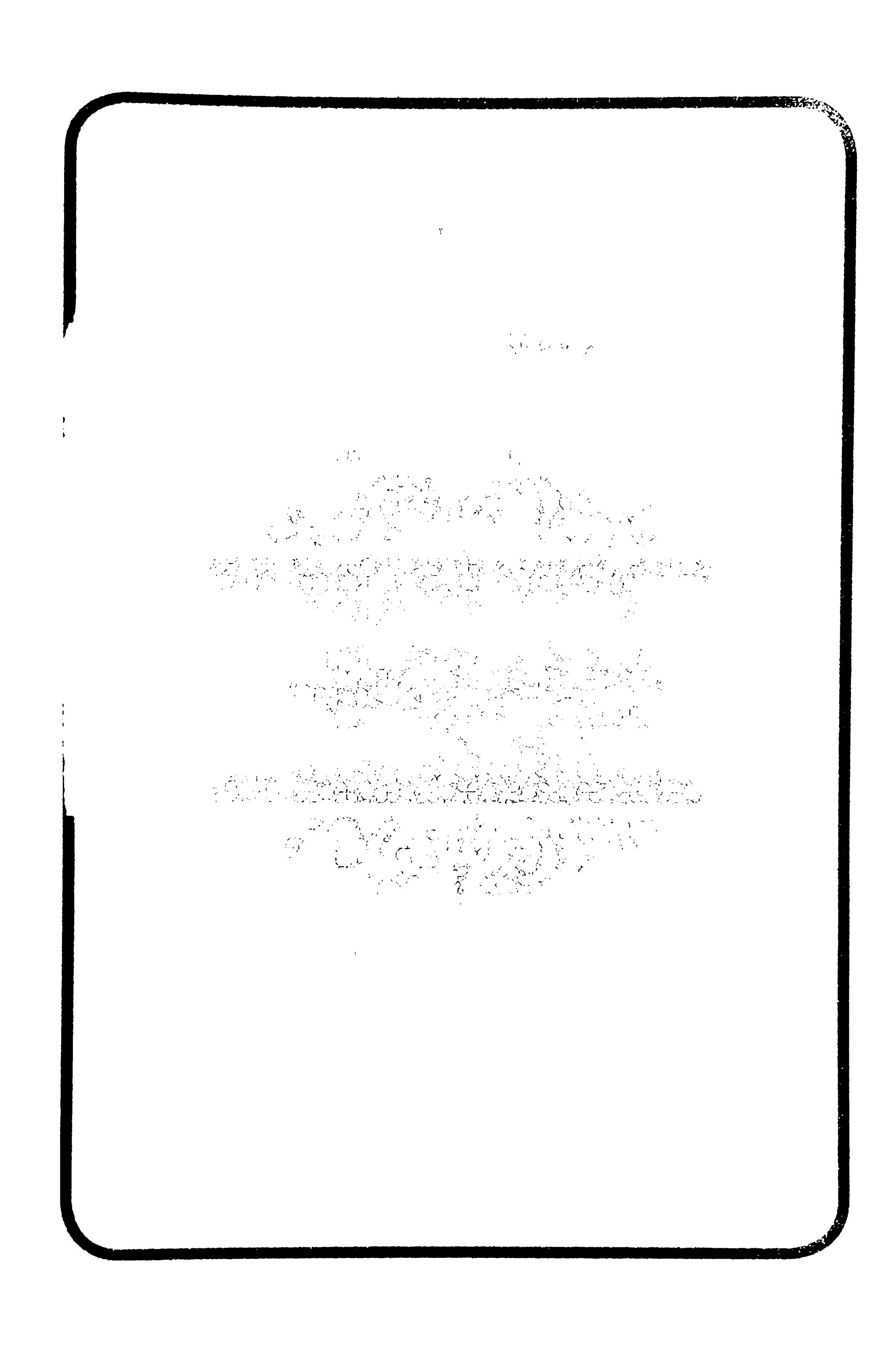
وأخَذَ منه الإسـنوِيُّ اشتراطَ كوْنِ الوَصِيِّ الذِّمِّيِّ مِن ملَّةِ المُوصَى عليه حتَّى لا تصِـحُّ وصيَّةُ النَّصرانِيِّ إلى اليَهوديِّ أو المَجوسـيِّ وبالعكسِ للعَداوةِ. وردَّهُ شيخُ مشايخِنا بأنَّ المُعتبرَ العَداوةُ الدُّنيويَّةُ، ولهذا جزَمَ الدَّمِيريُّ بالصِّحَّةِ.

وهل تصِحُّ إلى أخرَسَ له إشارةٌ مفهِمةٌ؟ فيه نظرٌ.

ولا يصِحُّ الإيصاءُ في تزويجٍ، ولا في معصيةٍ؛ كبناءِ كنيسةٍ، ولا على المَحجورِ والجـدُّ عندَ الموتِ حيٌّ بصفـةِ الوَلايةِ، بخلافِ ما إذا لم يكُـنْ حينئذٍ بصفَتِها، لكـن لوِ اتَّصَفَ بها بعدَ المَوتِ فالظَّاهـرُ ثبوتُ ولايتِه مِن حينئذٍ ونفوذُ ما مَضَى من تصرُّفِ الوصِيِّ.



(كِتَابُ النِّكَاحِ)



(كتاب النكاح)

أي: التَّـزوُّج[1] **(وَمَـا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنَ الأَحْكَامِ)** جمْعُ حكمٍ بمعْنَى النِّسـبةِ التَّامَّةِ **(وَالقَضَايَا)** جمْعُ قضيَّةٍ بمعْنَى مَقضِيٍّ بها، فهي بمعْنَى النَّسبةِ، فعطْفُها عليها مِن قَبيلِ العَطْفِ التَّفسـيريِّ، أو بالمَعنى المُصطلحِ عندَ أهلِ المِيزانِ، فالعطْفُ مِن قبيـلِ عطْـفِ الكلِّ على جُزئِه، ثُمَّ يُحتمَلُ أن يريدَ بما يتعلَّقُ به جميعَ ما يأتي إلى الجناياتِ لظهورِ ارتباطِ جميعِ ذلكَ به.

(النِّكَاحُ مُسْـتَحَبٌّ لِمَنْ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ) رجلًا كان أو امرأةً، مُشْـتغلًا بالعبادةِ أو لا، بأن تتوقَ نفْسُه إلى الوطْءِ ولو خَصِيًّا، وكذا عاجزٌ عن حُرَّةٍ قدَرَ على أمةٍ، أو عن مسـلمةٍ قدَرَ على كافرةٍ، كما هو ظاهِرُ إطلاقِه، لكن قال ابنُ السَّمعانِيِّ: هنا يُباحُ فقَطْ.

أو يحتاجُ إلى الخدمةِ أو الأُنسِ، كما بحَثَه الزَّرْكشِيُّ، وخولِفَ فيه، ولعلَّ محَلَّه حيثُ لا يتأتَّى ذلكَ بغيرِ النِّكاحِ، أو تحتاجُ المَرأةُ إلى النَّفقَةِ، أو تخافُ مِن اقتحامِ الفجَرَةِ، بل لو علِمَتْ عدمَ اندفاعِهِم عنها إلا به وجَبَ عليها، كما بحَثَه الأَذْرعِيُّ.

نعَـمْ المُسـلمُ بدارِ الحَربِ لا يُسـتحَبُّ له النِّكاحُ؛ لئلَّا يـؤدِّيَ إلى كُفرِ ولَدِه ورِقِّه لو سُـبِيَتْ أُمُّه حامِلًا به؛ لأنَّها لا تُصدَّقُ في أنَّ حمْلَها مِن مسلمٍ، نصَّ عليه الشَّافعيُّ، وعلى كراهَةِ التَّسرِّي أيضًا في هذه الحالةِ.

ومحَـلُّ الاسـتحبابِ في الرَّجـلِ إذا قـدَرَ على أُهبتِـه مِن مهرٍ وكسـوةِ فَصلِ التَّمكيـنِ ونفقةِ يوْمِه، فإنْ عجِزَ عنها اسـتُحِبَّ له ترْكُـه، ولا يُكرَهُ، خلافًا لما في «شرحِ مُسلمٍ».

---

(١) في (ج)، (هـ): «التزويج».

ويكسِرُ شهوتَه بالصَّومِ، فإن لم تنكسِرْ به لا يكسِرُها بالكافورِ ونحْوه بل يتزوَّجُ، وصرَّحَ البَغَوِيُّ بكراهةِ الاحتيالِ لقطْعِ شَهوتِه، وبعضُهم بحُرمةِ ما يُؤدِّي إلى إبطالِها مِن أصْلِها.

وخرَجَ بمَنْ يحتاجُ إليه غيْرُه فيُكرَهُ له إن فقَدَ أُهبتَه، أو كان به علَّةٌ كهَرمٍ ومرضٍ دائمٍ وتعنينٍ، وبحَثَ بعضُهم تقييدَه أيضًا بالدَّوامِ ليخرُجَ مَن يعنُّ وقتًا دونَ وقتٍ، وإلَّا فلا، لكِنِ التَّخلِّي أفضَلُ له منه، فإن لم يتعبَّدْ فالنِّكاحُ أفضَلُ له مِن ترْكِه.

وقضيَّةُ ما تقرَّرَ عدمُ الكراهةِ للمَرأةِ حيثُ لم يكُنْ بها علَّةٌ، ولا يُتصوَّرُ في حقِّها فقدُ أُهبته؛ إذ لا أُهبةَ في حقِّها، وهو متَّجهٌ، لكن قضيَّةُ قولِ «التَّنبيهِ» مِن أنَّ مَن جازَ لها النِّكاحُ إن كانت محتاجةً إليه استُحِبَّ لها النِّكاحُ والإكراهُ خلافُه، ومِن هنا يُعلَمُ أنَّ ما قيلَ مِن أنَّه يُستحَبُّ للمَرأةِ النِّكاحُ مُطلقًا مردودٌ.

وأفهمَ كلامُ المُصنِّفِ أنَّه لا يجِبُ النِّكاحُ مطلقًا، وهو كذلكَ وإن خافَ العنتَ وعجِزَ عنِ التَّسرِّي، نعَمْ قد يجِبُ لعارضٍ بأنْ نذَرَه حيثُ يُستحَبُّ كما قاله ابنُ الرِّفْعَةِ كالمَاورْدِيِّ، لكِن خالَفَهما ابنُ العِمادِ ومَنْ وافَقَه.

وقيل: يجِبُ نكاحُ مظلومةٍ طُلِّقَتْ قبلَ وفاءِ حقِّها ليُوفِّيَها إيَّاه مِن نَوبةِ ضَرَّتِها، ورُدَّ بأنَّ تدارُكَ الطَّلاقِ البِدعيِّ الذي هو مِن صورِ[1] ذلكَ بالرَّجعيَّةِ لا يجِبُ، فبالنِّكاحِ أَوْلَى، وفيه نظرٌ، والمتَّجِهُ الوُجوبُ إذا تعيَّنَ طريقًا في الخلاصِ مِن حقِّها لتوقُّفِ التَّوبةِ الواجبةِ عليه حينئذٍ، وعدمُ وجوبِ تدارُكِ الطَّلاقِ البِدعيِّ في نفْسِه لا يُنافِي الوجوبَ لهذا العارضِ.

---

(١) في (ج)، (ن): «صورة».

(وَيَجُوزُ لِلْحُرِّ) البالغِ الرَّشيدِ ولو حُكمًا (أَنْ يَجْمَعَ) في النِّكاحِ (بَيْنَ أَرْبَعِ حَرَائِـرَ) في عقْدٍ أو عقودٍ ولو بدونِ حاجةٍ ومصلحةٍ، (وَ) يجوزُ (لِلْعَبْدِ) ومثْلُه المُبعَّضُ أو أرادَ به مَن فيه رقٌّ أن يجمعَ (بَيْنَ اثْنَتَيْنِ) حُرَّتيْنِ أو أَمَتيْنِ أو مختلفتيْنِ في عقدٍ أو عقديْنِ.

ولا تجوزُ الزِّيادةُ على الأربعِ والثِّنتيْنِ، فإن زادَ على ذلكَ في عقدٍ واحدٍ بأنِ اتَّحَدَ وليُّهُنَّ أو وكَّلَ أولياؤُهُنَّ واحدًا بطَلَ في الجَميعِ، إلا أن يكونَ فيهِنَّ مجوسيَّةٌ وهُنَّ خمْسٌ فيختَصُّ البُطلانُ بها، أو مَن يحْرُمُ جمْعُه كأختيْنِ في خمسٍ أو سِتٍّ في الحُرِّ، أو ثلاثٍ أو أربعٍ في العَبدِ، فيختَصُّ البُطلانُ بهما، بخلافِهما في سَبعٍ في الحُرِّ أو خمسٍ في العبدِ، فهو باطلٌ في الجَميعِ، أو في عقديْنِ في الجَميعِ، كأنْ نكَحَ ثلاثةً في عقدٍ وثلاثًا في آخَرَ، فإن عُرِفَ السَّابقُ ولم ينْسَ بطَلَ الثَّاني دونَ الأوَّلِ، وإن نسِيَ وجَبَ التَّوقُّفُ إلى البيانِ، وإن وقَعَا معًا أو عُرِفَ سبْقٌ ولم يتعيَّنِ السَّابقُ ولم يرجَ تعيُّنه، أو جُهِلَ السَّبقُ والمَعيَّةُ فهُما باطلانِ.

وخرَجَ بالبالغِ: الصَّغيرُ، فلأبيه وإنْ عَلَا دونَ غيْرِه تزويجُه ولو أربعًا للمَصلحةِ.

وبالعاقلِ: المَجنونُ، فإنْ كان صغيرًا أو بالغًا غيرَ محتاجٍ امتنَعَ تزويجُه، أو بالغًا مُحتاجًا كأنْ تظهَرُ رغبتُه بدورانِه حولهُنَّ وتعلُّقُه بهنَّ ونحْوُ ذلكَ، أو يُتوقَّعُ الشِّفاءُ بقولِ عدليْنِ مِن الأطبَّاءِ، زوَّجَه الأبُ ثُمَّ الجدُّ ثُمَّ الحاكمُ وُجوبًا دونَ غيْرِهم واحدةً فقَطْ ولو أَمَةً بشرْطِها لاندفاعِ الحاجةِ بها.

وبالرَّشيدِ المَذكورِ السَّفيهُ المَحجورُ، فإن لم يحتَجْ إلى النِّكاحِ لم يزوَّجْ، وإنِ احتاجَ تزوَّجَ واحدةً بإذْنِ وَليِّه، وهو الأبُ وإن عَلَا، ثُمَّ الحاكِمُ إن بلَغَ سفيهًا، وإلَّا فهو الحاكِمُ فقَطْ، أو قبِلَ له وليُّه نكاحَها بإذْنِه بمَهرِ المِثْلِ فأقَلَّ فيهما، فإنْ زادَ عليه صحَّ النِّكاحُ بقدْرِ مَهرِ المِثْلِ مِن المُسمَّى ولَغَى الزَّائدُ.

(**وَلَا يَنْكِحُ الحُرُّ**) (لا غيره ولو مُبعَّضًا)(١) أي: لا يجوزُ ولا يصِحُّ له أن يتزوَّجَ (**أَمَةً**) ومثْلُها المُبعَّضَةُ، أو أرادَ مَن فيها رِقٌّ (**إِلَّا بِشَرْطَيْنِ**):

أحدُهما: (**عَدَمُ**) قُدرتِه على (**صَدَاقِ الحُرَّةِ**) والمُرادُ ما ترْضَى به مِن مَهرِ مثْلِها فأقَلَّ فاضلًا عمَّا يحتاجُه مِن مسكنِه وخادمِه ولباسِه ومَركوبِه ونحْوِها، وإن رضِيَتْ بنكاحِه بلا مَهرٍ أو بمُؤجَّلٍ تتوقَّعُ قدْرتَه عليه عندَ المَحلِّ، فإن قدَرَ عليه ولو بسببِ وجوبِ الإعفافِ على فرْعِه امتنَعَتِ الأَمةُ لاستغنائِه عنْ إرقاقِ ولَدِه أو بعْضِه، ومِن ثَمَّ كان المُوصَى بحمْلِها أبدًا إذا أعتقَها الوارِثُ كالأَمةِ.

نَعَمْ لو كانَتِ الحُرَّةُ غائبةً بحيثُ تلحَقُه مشقَّةٌ ظاهرةٌ في قصْدِها، وضبَطَها الإمامُ -كما نقَلَه عنه الشَّيخانِ- بأنْ يُنسَبَ مُتحمِّلُها في طلبِ الزَّوجةِ إلى الإسرافِ ومُجاوزةِ الحَدِّ، (وإن لم يكن فيه غرم)(٢) أو يخافُ زنًا في مدَّةِ قصْدِها، وكذا لو لم يُمكِنِ انتقالُها معَه كما بحَثَه الزَّرْكشِيُّ وغيْرُه، أو لم تصلُحْ للاستمتاعِ لنحْوِ صِغرٍ أو رَتقٍ أو بَرصٍ أو هَرمٍ أو جُنونٍ، أو طلبت زيادةً على صَداقِها وإن قلَّتْ وقدَرَ عليها، أوِ احتاجَ إلى صَداقِها في مسكنِه أو نحْوِه ممَّا تقدَّمَ، أو كانت زانيةً على ما أفْتَى به جماعةٌ؛ كانَتِ القدرةُ على صداقِها كالعَدمِ، فله نكاحُ الأمةِ.

ودخَلَ في قولِه: «الحُرُّ» العِنِّينُ، وبه صرَّحَ القاضي، والمَجنونُ بالنُّونِ وقد نقَلَه القاضي عنِ الأصحابِ وإن خالَفَه، والعقيمُ الآيِسُ مِن الوَلدِ وإن توقَّفَ فيه بعضُهم، والممسوحُ وإن خالَفَه فيه ابنُ عبدِ السَّلامِ نظرًا لانتفاءِ المحذورِ مِن رقِّ الوَلدِ إذ لا يلحَقُه، ووجْهُ ذلكَ في الجميعِ أنَّ الأَمةَ في نفْسِها مظنَّةُ إرقاقِ الوَلدِ.

وفي قولِه: الأمةُ الصغيرةُ والآيسةُ؛ لما ذُكِرَ، وكذا من شرَطَ سيِّدُها ولو في العقْدِ حرِّيَّةَ أولادِها؛ لأنَّ الظَّاهِرَ عدمُ تأثيرِ هذا الشَّرطِ، وإن أفْتَى شيخُ مشايخِنا

(١) زيادة من (هـ).
(٢) زيادة من (هـ).

بخلافِه؛ إذْ لا تعليقَ فيه، والحُرِّيَّةُ لا تثبُتُ في المُستقبلِ مِن غيرِ تعليقٍ، فأولادُها أرقَّاءُ، نعَمْ إن ظنَّ الواطِئُ تأثيرَ الشَّرطِ لم يبعُدِ انعقادُهم أحرارًا كما في نظائرِهِ.

(وَ) **الشَّـرطُ الثَّاني**: (**خَوْفُ**) وقوعِه في (**العَنَتِ**) أي: الزِّنا بأنْ تغلِبَ شـهوتُه وتضْعُفُ تَقْواه، بخلافِ من ضعُفَتْ شهوتُه أو قوِيَ تقْوَاه، والمرادُ عمومُ العَنتِ لا خصوصُـه، حتَّى لو خافَ العنَـتَ مِن أمةٍ بعيْنِها لقوَّةِ ميْلِه إليها لم ينكحْها إذا كان واجدًا للطَّولِ، قاله الرُّويانِيُّ.

قال شـيخُ مشـايخِنا: والوجْهُ ترْكُ التَّقييدِ بوجودِ الطَّـولِ؛ لأنَّه يقْتَضِي جوازُ نكاحِها عندَ فقْدِ الطَّولِ فيفوتُ اعتبارُ عمومِ العَنتِ مع أنَّ وُجودَ الطَّولِ كافٍ في المنْعِ مِن نكاحِها. انتَهى[1].

وبهذا الشَّرطِ عُلِمَ أنَّ الحرَّ لا ينكِحُ الأمَةَ إن كان تحتَه مَن يصْلُحُ لاستمتاعِه بها مِن حرَّةٍ أو أمةٍ؛ أي: حاضرةٍ، أو لا يشُـقُّ قصْدُها ولا يخافُ زنًا مدَّةَ قصْدِها كما هو ظاهرٌ، أو يقدِرُ على التَّسرِّي بما يصْلُحُ لاستمتاعِه لا ينكِحُ الأمَةَ.

فلو ملَكَ مَن لا تحِلُّ له لزِمَه بذْلُها في قيمةِ أَمةٍ أو صَداقِ حُرَّةٍ إن وفَّتْ قيمتُها بذلـكَ، وإلَا ففـي صَداقِ أَمةٍ، وأنَّه لا ينكِـحُ نحْوَ أَمةٍ صَغيـرةٍ لا تُوطَأُ؛ لأنَّها لا تدفَعُ العنَتَ، وأنَّه لا ينكِحُ أمتيْنِ لاندفاعِ العَنتِ بالواحدةِ.

نعَـمْ قد تُتصوَّرُ الزِّيـادةُ عليها إلى الأربعِ، كأنْ نكَحَها بشـرْطِه ثُمَّ غابَ عنها بحيثُ تلْحَقُه مشـقَّةٌ ظاهرةٌ في قصْدِهـا أو يخافُ زنًا في مدَّةِ قصْدِها، وعجِزَ عن الحرَّةِ وخافَ الزِّنا فنكَحَ أُخرى، ثُمَّ غابَ عنها كذلكَ، وهكذا إلى تمامِ الأربعِ؛ لأنه جائزٌ، ولا ينفسِـخُ نـكاحُ واحدةٍ منهُنَّ بعـدَ ذلكَ وإن اجتمَعَـن وأَمِنَ الزِّنا وقدَرَ على الحُرَّةِ.

---

(١) ينظر: «تحفة المحتاج» (٧/ ٣١٨).

وأنَّ المَمسوحَ ومجبوبَ الذَّكَرِ لا ينكِحُ الأمَةَ، إذ لا يُتصوَّرُ منه العَنَتُ، وهو ما قاله الإمامُ والمُتولِّي في الثَّاني، ومَشَى عليه في «الرَّوضِ»، وخالَفَ الرُّويَانِيُّ فأجازَ نكاحَ الأمةِ للمَجبوبِ والخَصِيِّ عندَ خوفِ الوُقوعِ في الفعْلِ المُؤثِّمِ.

وأفهَمَ كلامُه أنَّه عندَ وجودِ الشَّرطيْنِ يجوزُ نكاحُ الأَمةِ مع تيسُّرِ المُبعَّضةِ، والولودِ مع تيسُّرِ العقيمِ، وأمةِ الأجنبيِّ مع تيسُّرِ أمةِ أصْلِه.

وقد تردَّدَ الإمامُ في الأُولى؛ لأنَّ إرقاقَ بعضِ الوَلدِ أهونُ مِن إرقاقِ كلِّه، وعلى تعليلِ المَنعِ اقتصَرَ الشَّيخانِ.

قال الزَّرْكشِيُّ: وهو الرَّاجحُ. قال: وهذا إن قلْنا ينعقِدُ مُبعَّضًا، فإن قلْنا: ينعقِدُ حُرًّا كما رجَّحَه الرَّافعيُّ في بعضِ المَواضعِ امتنَعَتِ الأمةُ مُطلقًا، ونكاحُ الوَلودِ وهو ظاهرُ كلامِهم في الثَّانيةِ والثَّالثةِ، لكِن بحَثَ الأَذْرَعِيُّ في الثَّانيةِ المنْعَ نظرًا إلى انتفاءِ محذورِ رقِّ الوَلدِ، وتردَّدَ بعضُهم في الثَّالثةِ نظرًا إلى عتْقِ الأولادِ على أصْلِه، وأنَّه لا بدَّ منهما في نكاحِ الحُرِّ الكتابيِّ الأمةَ الكتابيَّةَ، وهو ما فهِمَه السُّبكِيُّ مِن كلامِهم. قال المُحقِّقُ المَحلِّي: وإن لم يُصرِّحْ به الرَّافعيُّ ولا غيرُه، وقال البُلْقينِيُّ: ظاهِرُ القُرآنِ يدُلُّ على عدمِ اعتبارِ ذلكَ. انتَهى.

وقد يُشكِلُ على الأوَّلِ ويُؤيِّدُ الثَّاني ما صرَّحُوا به في نكاحِ المُشركِ مِن أنَّ أمْنَ الزِّنا واليَسارَ إذا قارَنَا عقْدَ المُشركِ ثُمَّ أسْلَم لم يقدَحْ في ذلكَ، إلَّا إنْ قارَنَا بعدَ ذلكَ اجتماعَ الإسلاميْنِ، فإنَّه يُفيدُ أنَّ هذا الشَّرطَ مُعتبَرٌ في حقِّه، وإلَّا لأثرَ عندَ مقارنةِ العقْدِ مع أحدِ الإسلاميْنِ كغيرِه مِن المُفسداتِ.

وقد يجابُ أخْذًا مِن ذلكَ بأنَّ مرادَ السُّبكِيِّ أنَّه لا بدَّ منهما في الجملةِ، فيكْفِي وجودُهما عندَ اجتماعِ الإسلاميْنِ وإن فُقِدَا عندَ العقْدِ، ومرادُ البُلْقينِيِّ عدمُ اعتبارِهما عندَ العقْدِ، فليُتَأَمَّلْ.

وحيثُ جازَ نكاحُ الأمةِ لم يتأثَّرْ بما يطرَأُ عليه من يَسارٍ أو نكاحِ امرأةٍ، ولا بدَّ مِن إسلامِ الأَمةِ في حقِّ المُسلمِ فلا يحِلُّ له ولو رقيقًا نكاحُ الأمةِ الكِتابيَّةِ.

(**وَنَظَرُ الرَّجُلِ**) الفَحْلُ حُرًّا كان أو عبدًا، ولو مَجبوبًا أو خَصيًّا، والمُرادُ به ما يشمَلُ المُراهِقَ، نعَمْ يُفارِقُ المُراهقُ البالِغَ في أنَّه يجوزُ له الدُّخولُ على النِّساءِ الأجانبِ بلا استئذانٍ، إلَّا في الأوقاتِ الثَّلاثةِ فلا بدَّ من استئذانِه أيضًا.

(**إِلَى**) شيءٍ مِن (**المَرْأَةِ**) أي: الأُنثى المُشتهاةِ ولو أمَةً (**عَلَى سَبْعَةِ أَضْرُبٍ**) أي: أنواعٍ، ومعْنَى الحُرمةِ في حَقِّ المُراهِقِ أنَّه يحْرُمُ على وليِّه تمكينُه منه، ويحْرُمُ على المَرأةِ أن تنكشِفَ له.

(**أَحَدُهَا: نَظَرُهُ إِلَى**) شيءٍ مِن (**أَجْنَبِيَّةٍ**[1]) ولو مُبانًا كشَعرٍ وظُفرٍ، حتَّى قال القاضي: دمُ الفَصْدِ والحِجامةِ مِن المَرأةِ عورةٌ. لكن نظَرَ فيه بعضُهم، ولعلَّ وجْهَه أنه لا يُلتَذُّ به عادةً، ولا هو مظنَّةُ الفتنةِ.

ونقَلَ العبَّادِيُّ في «طبقاتِه» عن عَبْدانَ المَرْوَزِيِّ مِن قُدماءِ الأصحابِ أنَّ الحُرَّةَ إذا وصَلَتْ شعرَها بشَعرِ حُرَّةٍ وجَبَ سترُه، أو أَمةٍ فلا، ونظَرَ فيه بعضُهم، ولعلَّ وجْهَه أنَّ المَذهبَ حُرمةُ النَّظرِ إلى الأَمةِ كالحُرَّةِ.

(**لِغَيْرِ حَاجَةٍ**) وستأْتِي؛ (**فَغَيْرُ جَائِزٍ**) ولو بلا شَهوةٍ أو مع أمْنِ الفِتنةِ فيما يظهَرُ له مِن نفْسِه، وإن كان المَنظورُ وجْهَها وكفَّيْها على ما صحَّحَه في «المُحرَّرِ» و«المنهاجِ»، لكن في «الرَّوضةِ» و«أَصْلِها» عن أكثَرِ الأصحابِ حِلُّ النَّظرِ إلى وجْهِها وكفَّيْها مع كراهتِه، وصوَّبَه الإِسْنَوِيُّ، لكنَّ[2] الأكثرين عليه، واعتمَدَ البُلْقينِيُّ الأوَّلَ، فقال: التَّرجيحُ بقوَّةِ المَدركِ، والفَتْوى على ما في «المنهاجِ».

---

(١) في (هـ): «الأجنبية». (٢) في (هـ): «لأنَّ».

وشـمِلَ الرَّجلَ المَمسـوحَ، لكنِ الأصحُّ أنَّ نظَرَه إلـى الأَجنبيَّةِ كالنَّظرِ إلى مَحارمِه وسـيأتِي، وقيَّدَه الزَّرْكشِيُّ بالمُسلمِ في حقِّ المُسلمةِ، إذ لا أقلَّ مِن أن يكـونَ كالمَرأةِ الَّتي لا تنظرُ مع الكفْرِ إلى المُسـلمةِ وغيرِه بـأن يكونَا عفيفيْنِ كنظيرِه الآتِي.

والأجنبيَّـة مالكة بعْضَ الرَّجلِ، سـواءٌ كان البعضُ الآخَـرُ حُرًا أو مملوكًا، وكـذا مالكَةُ جميعَه؛ لأنَّها أجنبيَّةٌ منه، ولا يُنافِيه قولُ «الرَّوضةِ» و«أصْلِها» أنَّه مَحرَمٌ لها؛ لأنَّ المرادَ أنَّه في حُكمِ المَحرمِ في حلِّ النَّظرِ ونحْوِها؛ لا أنَّه مَحرمٌ حقيقةً، كما يدُلُّ عليه تفسـيرُهم المَحرَمَ، لكنِ الأصحُّ فيما لو كانا عفيفيْنِ أنَّ نظَرَه إليها كنظَرِه إلى مَحرمِه وإن كان كافرًا وهي مسـلمةً كما ذكرَه الإِسْـنَوِيُّ في «طرازِه»، أو مكاتبًا على ما اعتمَدَه جمْعٌ منهم شـيخُ مشـايخِنا، ونقَلُوه عنِ النَّصِّ، وهو نظيرُ جوازِ نظَرِ الرَّجلِ إلى مُكاتبتِه كما يأتِي.

لكـن في «الرَّوضةِ» عـن القاضي وأقرَّه خلافُـه، وقيَّدَه القاضـي بأنْ يكونَ معَـه وفـاء، قال العِراقـيُّ: ومُقتضى قولِ «الرَّوضـةِ» و«أصْلِها» أنـه يعْنِي عبدُ المَـرأةِ محرمٌ لهـا جوازُ خلوتِه بها، وبه صرَّحَ صاحـبُ «المُهذَّبِ» و«البيانِ»، ومسافرتُه بها وبه صرَّحَ المرعشِيُّ في «ترتيبِ الأقسامِ»، والمسُّ وعدمُ النَّقضِ، وهو مردودٌ في هذيْنِ الأخيريْنِ. انتَهَى.

وخـرَجَ الصَّغيـرُ غيرُ المُراهـقِ، فإن كان مُميِّـزًا فنظَرُه إلـى الأجنبيَّةِ كنظَرِه إلـى محارِمِـه، أو غيرَ مُميِّزٍ بألَّا يحكِـيَ ما يَرَاه فكالعدمِ ويجوزُ التَّكشُّـفُ له، والصَّغيـرةُ غيرُ المُشـتهاةِ، فيجوزُ النَّظرُ بلا شـهوةٍ إلى ما عَـدَا فرْجِها، وقطَعَ القاضي بحِلِّه.

واستَثْنَى ابنُ القطَّانِ على الأوَّلِ الأمَّ زمَنَ الرَّضاعِ والتَّربيةِ للضَّرورةِ، بخلافِ الصَّغيرِ يجوزُ النَّظرُ إلى فرْجِه ما لم يُميِّزْ، كما صحَّحَه المُتولِّي، وجزَمَ به غيرُه، ونقَلَه السُّبكيُّ عنِ الأصحابِ.

وجميعُ ما تقرَّرَ في الرَّجلِ يأتِي مثْلُه في المَرأةِ، فيحْرُمُ على الكبيرةِ ولو مراهقةً نظَرُ شيءٍ مِن أجنبيٍّ ولو بلا شَهوةٍ ومعَ أمْنِ الفتنةِ، ونظَرُها إلى المَمسوحِ أو عبْدِها مع عفَّتِها كنظَرِها إلى محارِمِها.

وقضيَّةُ ذلكَ حرمَةُ نظَرِها إلى المُشتَركِ والمُبعَّضِ، وسيأْتِي حِلُّ نظرِ السَّيِّدِ إلى المُشتَركةِ والمُبعَّضةِ ما عدا ما بينَ سُرَّتِها ورُكْبَتِها، وقضيَّتُه حلُّ نظَرِهما إليه ما عدا ما بينَ سُرَّتِه وركبتِه، وقد يُفرَّقُ بأنَّ التَّمتُّعَ لمَّا كان للسَّيِّدِ بالأصالةِ كان لـه مِن النَّظرِ ما ليس للسَّيِّدةِ، فجازَ له نظَرُهما، وجازَ لهما نظَرُه تبعًا، بخلافِ السَّيِّدةِ، فليُتأَمَّلْ.

والمُشكِلُ يُحتاطُ في نظَرِه والنَّظَرِ إليه، فيُجعَلُ مع النِّساءِ رَجلًا، ومعَ الرَّجالِ امرأةً، كما صحَّحَه في «الرَّوضةِ» و«أصْلِها».

(وَ) **الضَّربُ (الثَّانِي: نَظَرُهُ إِلَى زَوْجَتِهِ وَأَمَتِهِ)** حيثُ حَلَّ الاستمتاعُ بهما (**فَيَجُوزُ**) ولو بشهوةٍ (**أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا عَدَا الفَرْجِ مِنْهُمَا**) بخلافِ الفَرْجِ، وهو حلقةُ الدُّبرِ فلا يجوزُ النَّظرُ إليه كما قاله الدَّارمِيُّ، لكن قولُ الإمامِ: «والتَّلذُّذُ بالدُّبرِ بلا إيلاجٍ جائزٌ» كالصَّريحِ في الجوازِ، وهو مُقتضى إطلاقِهم.

نعَمْ النَّظرُ إلى الفرْجِ مطلقًا ولو مِن نفْسِه مكروهٌ بلا حاجةٍ وإلى باطنِه أشدُّ كراهةً. قال بعضُهم: الخلافُ في النَّظرُ إلى الفرْجِ لا يجْرِي في مسِّه لانتفاءِ العلَّةِ؛ أي: وهي كونُه يورِثُ العَمَى. هذا هو الظَّاهرُ وإن لم يُصرِّحُوا به. انتَهَى.

وهو شاملٌ لمَسِّه بذَكَرِه بدونِ إيلاجٍ، وكما يجوزُ نظَرُه إلى جميعِ بدَنِها حتَّى الفـرْجِ على ما تقرَّرَ، يجوزُ نظَرُها إلى جميعِ بدَنِه كذلكَ، نعَمْ بحَثَ الزَّرْكشِـيُّ أنَّه لا يجوزُ للمرأةِ النَّظرُ إلى عورةِ زوْجِها إذا منَعَها منه، بخلاف العكْسِ؛ لأنَّه يملِكُ الاستمتاعَ بها بخلافِها هي، وفيه نظَرٌ، ويلزَمُه حرمَةُ نظَرِها بشهوةٍ إلى ما عدا عورَتِه إذا منَعَها، وما أظُنُّ أحدًا يقولُه.

وخرَجَ بحلِّ الاستمتاعِ بهما: ما لو حرُمَ، كما لو اعتَدَّتْ زوجتُه عن شـبهةٍ، أو كوتِبَـتْ أمَتُـه، أو كانت وثنيَّـةً، أو نحْوَ ذلكَ، فيحرُمُ النَّظرُ إلى ما بينَ السُّـرَّةِ والرُّكبـةِ دونَ مـا زادَ عليهمـا كما يأتِـي ذلكَ بالنِّسـبةِ للأمَةِ، ولا أثَـرَ للتَّحريمِ بعارضٍ قريبِ الزَّوالِ كحَيضٍ وإحرامٍ.

(**وَ**) **الضَّـربُ** (**الثَّالِـثُ: نَظَـرُهُ إِلَـى ذَوَاتِ مَحَارِمِـهِ**) بنسـبٍ أو رضـاعٍ أو مصاهـرةٍ[1]، وذواتِ بمَعْنى صاحبـاتٍ، فإضافتُها مِن إضافـةِ البيانِ، أو الأعمِّ إلـى الأخـصِّ، أو بمَعْنـى أبدانٍ فلا إشـكالَ في الإضافـةِ (**أَوْ أَمَتِهِ**) التـي يحْرُمُ الاسـتمتاعُ بها كأَمَتِه (**المُزَوَّجَةِ**) والمُعتَدَّةِ عن غيرِه، والمُكاتبَةِ والمُشترَكَةِ كما في «الرَّوضةِ» و«أصْلِها»، والمُبعَّضَة كما قاله المُتولِّي والرُّويانِيُّ.

(**فَيَجُوزُ**) النَّظرُ إليه بلا شـهوةٍ (**فِيمَا عَدَا**) ما (**بَيْنَ السُّـرَّةِ وَالرُّكْبَةِ**) ولا يجوزُ فيمـا بينَهمـا، كما يجوزُ لها النَّظرُ إليـه فيما عدا ما بينَهما، ويمتنِـعُ فيما بينَهما. وقال البُلْقينِيُّ: الصَّوابُ في المُشـتركةِ والمُبعَّضةِ والمُبعَّضِ بالنِّسبةِ إلى سيِّدتِه أنَّهم كالأجانبِ.

وكنظـرِه إلـى ذواتِ محارمِـه أو أمتِـه نظرُ الرَّجـلِ إلى الرَّجـلِ والمرأةِ إلى المَرأةِ، فيجوزُ بلا شهوةٍ فيما عدا ما بينَ السُّرَّةِ والرُّكبةِ.

---

(١) في (ج): «مصاهرات».

نعَـمْ، يحْرُمُ نظرُ الأَمـردِ الجميلِ الوجْهِ حيثُ لا مَحرميَّـةٌ ولا ملْكٌ ولو بلا شَـهوةٍ، ولا خوفُ فتنةٍ كما اعتمدَه النَّوويُّ ونُوزِعَ فيه، والخلوةُ به كالنَّظرِ إليه كمـا في «المجموعِ»، وفرَّقَ بينَ حُرمةِ النَّظرِ إليـه وجوازِ النَّظرِ إلى وجْهِ المَرأةِ وكفَّيْهـا، كمـا في «الرَّوضـةِ» و«أصْلِها» عـنِ الأكثرينَ[1] كما تقدَّمَ بـأنَّ له أمدًا يُنتظَرُ زوالُه بخلافِها.

ونظَـرُ الكافـرةِ إلـى المسـلمةِ ما لم تكُـنْ مملوكـةً أو محرمًا لهـا، لكن في «الرَّوضـةِ» و«أصْلِهـا» أنَّـه يجـوزُ أنْ تنظُـرَ منها ما يبْـدُو عندَ المهنـةِ، ورجَّحَ البُلْقينيُّ وغيرُه خلافَه، واستظهَرَه شيخُ مشايخِنا، وأيَّدَه بما في «فتاوي» النَّوويِّ أنه يحرُمُ على المُسـلمةِ كشْفُ وجْهِهَا لها، وقضيَّةُ كلامِهم جوازُ نظرِ المُسلمةِ للكافرةِ. قال الزَّرْكشِيُّ: وفيه توقُّفٌ.

قال ابنُ عبدِ السَّـلامِ: والفاسـقةُ مع العفيفةِ كالكافرةِ مع المسـلمةِ. ونازَعَه البُلْقينيُّ، وقال في «الخادمِ»: سـكَتُوا عن المُرتدَّةِ، والمُتَّجهُ تحريمُ تمكينِها مِن النَّظرِ؛ لأنَّها أسوَأُ حالًا من الذِّمِّيَّةِ والفاسقةِ.

(وَ) الضَّـربُ (الرَّابِـعُ: النَّظَرُ لِأَجْلِ) إرادةِ **(النِّكَاحِ، فَيَجُوزُ)** ولو مع شَـهوةٍ وخوفِ فتنةٍ وعدمِ إذْنٍ منها أو مِن وَليِّها **(إِلَى الوَجْهِ وَالكَفَّيْنِ)** خاصَّةً، وهذا في الحرَّةِ، أما مَن فيها رقٌّ فيجوزُ النَّظرُ إلى ما عدا ما بينَ سُرَّتِها ورُكبتِها، كما قال ابنُ الرِّفْعَةِ: إنَّه مفهومُ كلامِهم.

ويجـوزُ لكلٍّ منهما أن ينظُرَ إلى ما عدا ما بينَ سُـرَّتِه ورُكبتِه، ويجوزُ تكريرُ النَّظـرِ عندَ الحاجةِ إليه وإن زادَ على ثلاثِ مـرَّاتٍ[2]، كما هو قضيَّةُ إطلاقِهم،

---

(١) في (ج): «الأكثر».

(٢) في (ج): «مراتب».

وهـو المُتَّجهُ وإن قال الزَّرْكشِـيُّ: يحتمَلُ تقديرُه بثـلاثٍ، واحتَجُّوا على ذلكَ بما صحَّ مِن قولِه ﷺ للمُغيرةِ وقد خطَبَ امرأةً: «**انْظُرْ إِلَيْهَا فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا**»[1] أي: تؤدَمَ المَودَّةُ والأُلفةُ، ومن قولِه: «**إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمُ امْرَأَةً؛ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا إِذَا كَانَ إِنَّمَا يَنْظُرُ إِلَيْهَا لِلخِطْبَةِ وَإِنْ كَانَتْ لا تَعْلَمُ**»[2].

والمـرادُ بـ«خَطَبَ» في الخبرَيْـنِ: أرادَ خِطْبَتَها، بدليلِ ما رَوَاه أبو داودَ وابنُ حبَّانَ في «صحيحِهِ»: «**إِذَا أُلقِيَ فِـي قَلْبِ امْرِئٍ خِطْبَةَ امْرَأَةٍ، فَـلَا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَـا**»[3] ويؤيِّـدُه المَعْنـى، فإنَّه لـو تأخَّرَ النَّظرُ عـنِ الخِطبةِ ربَّمـا أعرَضَ عن منظورِه فيُؤذِيه.

وخـرَجَ بقولِه: «لِأَجْلِ النِّـكاحِ» النَّظرُ إليه قبلَ إرادتِه والرَّغبةِ فيه، فلا يجوزُ لعدمِ الحاجةِ إليه.

واقتصـارُه على الجوازِ لا يُنافِي ما قرَّرُوه مِن الاسـتحبابِ[4] منَ الجانبيْنِ، لكـن قيَّدَ ابنُ عبدِ السَّـلامِ الاسـتحبابَ بمَنْ يَرْجُو رجاءً ظاهـرًا أنه يجابُ إلى خِطبتِه دونَ غيْرِه. قال: فإن غلَبَ على ظنِّه أنه لا يُجابُ لم ينظُرْ، وإن اسـتوَتِ الإجابـةُ وعدمُهـا ففيه احتمالٌ، إذِ النَّظـرُ لا يحِلُّ إلَّا عندَ غلبـةِ الظَّنِّ المُجوزِ. انتَهَى، والأوجَهُ الجوازُ عندَ الاستواءِ.

ويُسَـنُّ أن يكـونَ بعدَ الخِطبةِ، فـإن وقَعَ قبْلَهـا فهو خلافُ السُّـنَّةِ، كما هو ظاهـرٌ، وإن حَكَى بعْضُهم احتمالًا بالحُرمةِ، فإن لم يتيسَّـرْ له النَّظرُ إليها بعَثَ إليهـا مَن ينظرُ إليها مِن محرمِه أو نحْوِه كممسـوحٍ ويصِفُها له، ولو بعَثَ إليها

---

(١) رواه الترمذي (١٠٨٧) وقال: حسن. (٢) رواه أحمد (٢٣٦٠٢).

(٣) رواه ابن ماجه (١٨٦٤)، وأحمد (١٧٩٧٦)، وابن حبان (٤٠٤٢) من حديث محمد بن مسلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) في (ج): «استحبابه».

مع تيسُّرِ النَّظرِ جازَ، كما هو ظاهرٌ، والظاهرُ أنَّه لا يجوزُ له نظرُ ابنِها الأمردِ وإن لم يتيسَّرْ نظرُه هو ولا البعْثُ إليها خلافًا لبعضِهم.

(وَ) الضَّربُ (**الخَامِسُ: النَّظَرُ لِلْمُدَاوَاةِ**) بنحْوِ حَجمٍ وفَصْدٍ ووضْعِ لصوقٍ على جُرحٍ (**فَيَجُوزُ**) بلا شَهوةٍ (**إِلَى المَوَاضِعِ الَّتِي يَحْتَاجُ**) في المُداواةِ (**إِلَيْهَا**) أي: إلى نظَرِها بشرْطِ حُضورِ محرمٍ أو زوجٍ.

قال البُلْقينِيُّ: والمُرادُ أن يكونَ هناكَ مَن يمنَعُ حصولَ الخَلْوةِ كما هو مذكورٌ في العدَدِ.

وفقْدُ امرأةٍ تداوِيها، وفقْدُ مسلمٍ ومسلمةٍ يداوِيانِ في مسلمةٍ والمداوِي كافرٌ، فلا يجوزُ نظَرُ الرَّجلِ للمُداواةِ مع وجودِ امرأةٍ تُداوِي، ولا نظَرُ الذِّمِّيِّ أو الذِّمِّيَّةِ لمُداواةِ مُسلمةٍ مع وجودِ مسلمٍ أو مسلمةٍ يداوِيانِ، ولا نظَرُ الذِّمِّيِّ لمُداواةِ مسلمةٍ مع وُجودِ ذمِّيَّةٍ على ما بحَثَه الأذْرعِيُّ، بل يجبُ تقديمها على المُسلمِ أيضًا.

ويجوزُ للمَرأةِ أيضًا النَّظرُ إلى الرَّجلِ لمُداواتِه بشرْطِ حضورِ مَن يمنَعُ حُصولَ الخَلْوةِ، وفقْدُ رجلٍ يداوي وفقدُ مسلمٍ ومسلمةٍ يداوِيانِ في مداواةِ الذِّمِّيِّ أو الذِّمِّيَّةِ للمسلمِ.

وينبَغِي أن يكونَ في معْنَى فقْدِ المُسلمِ ما لو كان الكافرُ أعرَفَ أو أيسَرَ أُجرةً، أو أطوَعَ بحيثُ يشُقُّ الصَّبْرُ على تمنُّعِ المُسلمِ عادةً.

ويُشترَطُ في النَّظرِ لمُداواةِ الوجْهِ والكفَّيْنِ مطلقُ الحاجةِ، ولمُداواةِ غيرِهما ما سِوَى القُبلِ والدُّبرِ تأكُّدُ الحاجةِ بحيثُ يباحُ التَّيمُّمُ كما نقَلَه الشَّيخانِ عنِ الإمامِ وأقرَّاه. وقضيَّتُه أنه لا يكْفِي الشَّينُ في عضْوٍ باطنٍ. قال الزَّرْكشِيُّ: وفيه نظرٌ.

ولمُداواةِ القُبلِ أو الدُّبرِ مزيدُ تأكدِ الحاجةِ بألَّا يُعدَّ التكشُّفُ هتكًا للمروءةِ. قال في «الأنوارِ»: وشـرْطُ النَّاظرِ العدالةُ إلَّا إذا فُقِدَ هناكَ، وأن يسترُ مِن العضْوِ مـا لا يحتـاجُ إلى كشْـفِه. انتَهَى. وينبَغِي ألَّا يجِبَ سـتْرُ الزَّائـدِ لذاتِه، بل يقومُ مقامَه تيسُّر غضِّ البصرِ عنه.

(وَ) **الضَّربُ** (**السَّـادِسُ: النَّظَرُ لِلشَّـهَادَةِ**) تحمُّلًا أو أداءً (**أَوْ لِلْمُعَامَلَةِ**) ببيعٍ أو غيْـرِه (**فَيَجُوزُ إِلَى الوَجْهِ خَاصَّةً**) ولو إلـى جميعِه على ما نقَلَه الرُّويانِيُّ عن جمهورِ الأصحابِ، وقال المَاوَرْدِيُّ: إن أمكَنَ معرفتُها بالنَّظرِ إلى بعْضِه وجَبَ الاقتصارُ عليه وتُكلِّفُ كشْفَ وجْهِها عندَ الشَّهادةِ، فإنِ امتنَعَتْ وتيسَّرَتِ امرأةٌ أو نحْوُها أُمِرَتْ بكشْـفِه، فإن لم يتيسَّـرْ لم يبعُدْ أمْرُ الشَّـاهدِ بكشْفِه وإن خافَ الشَّاهِدُ الفتنةَ، فإن لم يتعيَّنْ لم ينظُرْ وإلَّا نظَرَ وتحرَّزَ.

ويلحَقُ بالنَّظرِ للشَّـهادةِ عليها نظَرُ الحاكمِ لتحليفِها، قاله الجُرجانِيُّ، ومثْلُه كما هو ظاهرٌ نظرُه لسَماعِ شهادتِها حيثُ احتاجَ إليه.

قال الأَذْرَعِيُّ: والظَّاهرُ أنَّ الشَّهادةَ والحُكمَ لها كالشَّهادةِ والحُكمِ عليها.

(وَ) **الضَّـربُ** (**السَّـابِعُ: النَّظَرُ إِلَى الأَمَـةِ عِنْدَ**) إرادةِ (**ابْتِيَاعِهَـا، فَيَجُوزُ**) أي بـلا شـهوةٍ ولا خوفِ فتنةٍ ولا خَلْوةٍ فيما يظهَرُ (**إِلَـى المَواضِعِ الَّتِي يَحْتَاجُ**) في معرفَتِها (**إِلَى تَقْلِيبِهَا**) أي: رؤيتِها والاطِّلاعِ عليها، وهي ما عدا العورةَ.

وحيـثُ حـرُمَ النَّظرُ في هذه المسـائلِ حرُمَ المـسُّ، وحيث جـازَ النَّظرُ فقد يحْـرُمُ المَـسُّ كمَسِّ وجْهِ الأجنبيَّـةِ وكفَّيْها بناءً على جـوازِ نظرِهما كما تقدَّمَ، وكمَـسِّ وجْهِ مَن أرادَ نكاحَها وكفَّيْها، وكمَسِّ بطْـنِ أَمةٍ ونحْوِها أو ظهْرِها أو غمْزِ ساقِها أو رجْلِها، أو تقبيلِ وجْهِها كما حَكَاه الرَّافعيُّ عنِ القفَّالِ بلا حاجةٍ

أو شَفقةٍ، وكمَسِّ ما عدا ما بينَ السُّرَّةِ والرُّكبةِ مِن سيِّدتِه، وكذا مِن أمةٍ أرادَ ابتياعَها كما هو ظاهرٌ.

وهل يحرُمُ مِن(١) أمتِه المُحرَّمةِ عليه بنحْوِ تزويجٍ؟ فيه نظرٌ.

وكمسِّ الوجهِ مِن المَرأةِ الَّتي أرادَ معاملتَها، أو تحمُّلَ الشَّهادةِ عليها أو أداءَها، وقد يجوزُ كمسِّ بطْنِ أمةٍ ونحْوِها أو ظهْرِها أو غمْزِ ساقِها أو رجْلِها وتقبيلِها لحاجةٍ أو شفقةٍ، وعليه يُحملُ ما في «شرحِ مُسلمٍ»(٢) مِن أنَّه يجوزُ بالإجماعِ مسُّ المَحارمِ في الرَّأسِ وغيرِه ممَّا ليس بعَورةٍ، وكمَسِّ مواضِعِ المُداواةِ عندَ الحاجةِ إليها فيها.

خَاتِمَةٌ: يحْرُمُ اضطجاعُ رجليْنِ أو امرأتيْنِ في ثوبٍ واحدٍ إذا كانا عارييْنِ، وإن كان كلٌّ منهما في جانبِ الفراشِ، وكذا اضطجاعُ ابنِ عشْرِ سنينَ وأبويْهِ أو إخوتِه أو أخواتِه كذلكَ، وهو المُرادُ بوُجوبِ التَّفريقِ الذي عبَّروا به كما هو ظاهرٌ.

نعَمْ نازَعَ السُّبكيُّ وغيرُه في ذلكَ بالنِّسبةِ لآبائِه وأمَّهاتِه، والزَّرْكشِيُّ وغيرُه في اعتبارِ العَشرةِ، وقالُوا: بلِ المُرادُ السَّبعُ واحتَجُّوا على ذلكَ.



(١) في (هـ): «مس».

(٢) «شرح مسلم» (١٣/ ٥٨).

(فَصْلٌ)
في أَرْكَانِ النِّكَاحِ وَمُحَرَّمَاتِهِ وَعُيُوبِهِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ

(وَلَا يَصِحُّ عَقْدُ النِّكَاحِ إِلَّا بِوَلِيٍّ) يوجِبُه بنفسِه أو نائبِه **(وَ)** حُضورِ **(شَاهِدَيْ عَـدْلٍ)** أي: شـاهديْنِ متَّصفيْنِ بالعدَالـةِ، وقيَّدَهما بها دُونَ الولـيِّ مع اعتبارِها فيه كما يأتي؛ لِما صحَّ مِن خَبَرِ: «**لا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ**[1] **مُرْشِـدٍ**»[2] أي: عَدْلٍ، كما قاله الرَّافعيُّ تبرُّكًا بلفْظِ خبَرِ ابنِ حبَّانَ: «**لا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ**»[3]، وما كان مِن نكاحٍ على غيرِ ذلكَ فهو باطلٌ[4]، فلا تُزوِّجُ امرأةٌ نفْسَـها ولو بإذْنِ وليِّهـا، ورَوَى ابـنُ ماجَه خبَرَ: «**لا تُـزَوِّجُ المَرْأَةُ المَرْأَةَ، وَلا المَرْأَةُ نَفْسَـهَا**»[5]، وأخرجَه الدَّارقطْنِيُّ بإسنادٍ على شرْطِ الشَّيخيْن.

فلو زوَّجَتْ نفسَها ولم يَحكُمْ به قاضٍ يَرَاه ووطِئَها الزَّوجُ فعليه مهْرُ مثْلِها، ولا حدَّ عليه وإنِ اعتقَدَ التَّحريمَ للشُّبهةِ، نعَمْ يُعزَّر معتقِدُه.

ولـو لـم يطَأْ فزَوَّجَها الوليُّ قبـلَ التَّفريقِ بينَهما صحَّ، ولـو طلَّقَها ثلاثًا جازَ لـه تزوُّجُها بلا محلِّلٍ؛ لأنَّ وقوعَ الطَّلاقِ فـرْعُ صحَّةِ النِّكاحِ، ولا يُنافِي هذا ما سـيأتي عنِ الخُوَارِزْمِيِّ كما لا يخْفَى، نعَمْ لو زوَّجَتْ نفْسَـها في زمَنِ الكفْرِ ثُمَّ أسلَمَتْ هي وزوْجُها أُقِرَّ نِكاحُهما.

---

(١) في (ج): «من ولي».

(٢) رواه الشافعي (ص٢٢٠)، وابن المنذر في «الأوسط» (٨/ ٢٦٤) من حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٣) «صحيح ابن حبان» (٤٠٧٥).

(٤) في (هـ): «باطل باطل باطل».

(٥) رواه ابن ماجه (١٨٨٢)، والدارقطني (٣٥٣٥) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

قال ابن حجر في «بلوغ المرام» (٩٨٦): رواه ابن ماجه والدارقطني، ورجاله ثقات.

(**وَيَفْتَقِرُ الوَلِيُّ وَالشَّاهِدَانِ**) أي: كلٌّ منهم في انعقادِ النِّكاحِ به (**إِلَى سِتَّةِ شَرَائِطَ**):

(١) (**الإِسْلَامُ**) فلا ينعقِدُ بكافرٍ مِن وليٍّ أو شاهدٍ، وسيأتي استثناءُ نكاحِ الذِّمِّيَّةِ.

(٢) (**وَالبُلُوغُ**) فلا ينعقِدُ بصبيٍّ.

(٣) (**وَالعَقْلُ**) فلا ينعقِد بمجنونٍ، لكن لو تقطَّعَ جنونُ الوليِّ فهل تُنتظَرُ إفاقتُه كالإغماءِ، أو يُزوِّجُ الأبعدُ في زمنِ جنونِه دونَ إفاقتِه؟

صحَّحَ في «أصْلِ الرَّوضةِ» الأوَّلَ، وفي «الشـرَّحِ الصَّغيرِ» الثَّانيَ، ولو قصُرَتْ نوبَةُ الإفاقةِ جدًّا فهِيَ كالعدمِ كما قاله الإمامُ، وقياسُه أنَّه لو قصُرَ زمنُ الجنونِ جدًّا فهو كالعدمِ، فتُنتظَرُ إفاقتُه، ولو أفاقَ المَجنونُ وبقِيَتْ آثارُ خَبلٍ تحمل مثْلُها ممَّن لا يعتَرِيه الجنونُ على حِدَّةٍ في الخُلُقِ، ففي عودِ ولايتِه وجهانِ. قال في «الرَّوضة»: لعلَّ الأصحَّ استدامةُ حكمِ الجنونِ إلى أن يصفُوَ مِن الخبَلِ[1].

(٤) (**وَالحُرِّيَّةُ**) فلا ينعقِدُ بمَنْ فيه رِقٌّ.

(٥) (**وَالذُّكُورَةُ**) فلا ينعقِد بأُنثى، نعَمْ قال ابنُ عبدِ السَّلامِ: لو ابتُلِيَ النَّاسُ بولايةِ امرأةٍ نفذنا مِن أحكامِها ما ينفَذُ مِن أحكامِ الذَّكَرِ، وقضيَّتُه: نفوذُ تزويجِها لمَنْ لا وليَّ له.

ولو زوَّجَتِ امرأةٌ امرأةً في دارِ الكفْرِ قرَّرْنا نكاحَها بعدَ الإسلامِ، بناءً على صحَّةِ أنكحتِهم، ومثْلُها الخُنثى، نَعَمْ لو زوَّجَ أمَتَه مثلًا فبانَ ذكرًا صحَّ، ذكَرَه ابنُ المسلمِ، وكذا لو شهِدَ على العقْدِ ثُمَّ بانَ ذكرًا، بخلافِ نظيرِ ذلكَ في الزَّوجيْنِ على ما جزَمَ به الرُّويانِيُّ، خلافًا لِما صوَّبَه الإسْنَوِيُّ.

---

(١) «روضة الطالبين» (٧/ ٦٣).

(٦) (**وَالعَدَالَـةُ**) وسـيأتي بيانُهـا في كتـابِ الأقضيةِ والشَّـهاداتِ، فلا ينعقِد بفاسـقٍ ولو بغيرِ شُرْبِ الخَمرِ وإن أسرَّ فسْقَه، نَعَم الإمامُ الأعظمُ إذا لم ينعزِلْ بالفسْقِ -وهو الصَّحيحُ- يزوِّجُ بناتِه وبناتِ غيْرِه بالولايةِ العامَّةِ تفخيمًا لشأنِه، وقيل: لا كغيرِه، فيزوِّجُهُنَّ مَن دونَه مِن حُكَّامه.

ومـن العلَّـةِ يُؤخَذُ أنَّه لا يزوِّجُ بناتِـه أو بناتِ غيْرِه إلَّا إذا لـم يكُنْ لهُنَّ وليٌّ خـاصٌّ، وأفْتَى الغَزَاليُّ بأنَّ الوَليَّ إذا كان لو سُـلِبَ الولايـةُ انتقلَتْ إلى حاكمٍ فاسـقٍ وليٌّ، وإلَّا فلَا، واستحْسَـنَه في «الرَّوضةِ» وقـال: ينبَغِي أن يكونَ العمَلُ به[1]، واختارَه ابنُ الصَّلاحِ في «فتاوِيه».

ولا تُعتبَـرُ العَدالـةُ الباطنةُ، بل تكْفِـي الظَّاهرةُ، وهي المعروفَـةُ بالمُخالطةِ دونَ التَّزكيةِ عندَ الحاكمِ في كلٍّ مِن الوَليِّ والشَّـاهديْنِ؛ لأنَّ النِّكاحَ يجْرِي بينَ أوسـاطِ النَّاسِ والعَوامِّ، فلوِ اعتُبِرَتْ فيه العَدالةُ الباطنةُ لاحْتاجُوا إلى معرفتِها ليحْضِرُوا مَن هو متَّصفٌ بها، فيطُولُ الأمْرُ عليهم ويشُقُّ.

نَعَـم الانعقادُ بالعَدالةِ الظَّاهرةِ إنَّما هو في الظَّاهرِ كما ذكَرَه السُّـبكِيُّ وغيرُه. قـال ابنُ الصَّـلاحِ: محَلُّ الخلافِ في الانعقـادِ بالظَّاهرةِ مـا إذا كان العاقِدُ غيرَ الحاكـمِ، فإن كان هو الحاكـمُ لم ينعقِدْ جَزمًا؛ لأنَّه لا يشُـقُّ عليه البَحثُ. قال العِرَاقِيُّ: وهي طريقةٌ في «التَّتمَّةِ» وصحَّحَ إجزاءَ الخلافِ فيه. انتَهَى.

وهذا بخلافِ الإسـلامِ والحُرِّيَّـةِ، حيثُ لا ينعقِد النِّـكاحُ بظاهِرِهما بالدَّارِ حتَّـى يُعرَفَ حالُـه فيهما باطنًا، كما لا ينعقِدُ بمسـتورِهما، وهـو مَن لا يُعرَفُ إسـلامُه وحرِّيتُـه بأن يكونَ بمَوضِـعٍ يختلِطُ فيه المُسـلمونَ بالكفَّارِ والأحرارُ بالأرقَّاءِ ولا غالبَ؛ لسُهولةِ الوُقوفِ على الإسلامِ والحُرِّيَّةِ.

---

(١) «روضة الطالبين» (٧/ ٦٤).

ولا بمَستورِ[1] الصِّبَا بأن شُكَّ في بلوغِه، ويُحتمَلُ أن تكونَ بقيَّةُ الشُّروطِ كذلكَ، فلو عقُدِ بشيءٍ مِن ذلكَ ثُمَّ بانَ كاملًا صحَّ، كما لو بانَ الخُنثى ذكرًا كما تقدَّمَ، وتبطُلُ العدالةُ الظَّاهرةُ بتفسيقِ عدْلٍ في الرِّوايةِ على ما قاله الإمامُ، فلا يصِحُّ العقْدُ به.

لكن خالَفَه مُجَلِّي فقال: الأشبَهُ الصِّحَّةُ؛ لأنَّ الجرْحَ لا يثبُتُ إلَّا بشاهديْنِ، وليس للحاكمِ قبولُ ظاهرِ العَدالةِ في إثباتِ النِّكاحِ أو فسادِه، بل عليه أن يتوقَّفَ حتَّى يعلَمَ باطنَهما، فلو ترافعَ إليه زوجانِ في نفقةٍ أو نحوِها مِن حقوقِ الزَّوجيَّةِ وقد أقرَّا بالعقدِ[2] بظاهرَيِ العدالةِ حَكَمَ بينَهما؛ لأنَّ الحُكمَ هنا تابعٌ لصِحَّةِ النِّكاحِ، فلو علِمَ فسقَهُما لم يحكُمْ بينَهما، وقضيَّةُ ذلكَ أنَّه لا يفرِّقُ بينهما، لكنِ الظَّاهرُ كما قاله جماعةٌ أنَّه لا يفرِّقْ وإن لم يترافَعَا إليه.

ولو تابَ الوليُّ الفاسقُ، قال البغويُّ: زوَّجَ في الحالِ، وذكَرَ المتولِّي نحْوَه في الفَصلِ، وقال الشَّيخانِ: القياسُ وهو المذكورُ في الشَّهاداتِ اعتبارُ الاستبراءِ[3].

ولو بانَ فسْقُ الشَّاهدينِ عندَ العقدِ ببينةٍ أو بإقرارِ الزَّوجيْنِ أو بعلْمِ الحاكمِ[4] تبيَّنَ فسادُه، فلا مهْرَ لها ما لم يكُنْ دخَلَ بها، ولم يقْضِ عليها بالزِّنا بوطْئِه لها، فلها مهْرُ المِثْلِ.

نعَمَ لو أقرَّ الزَّوجانِ عندَ الحاكمِ بأنَّ العقدَ جَرَى بعَدليْنِ فحكَمَ بصحَّتِه ثم أقرَّا بأنَّه جَرَى بفاسقيْنِ لم يلتفِتْ إلى إقرارِهما للتَّنافِي كما قاله المَاوَرْدِيُّ، قال بعضُهم: وهو ظاهرٌ بالنِّسبةِ إلى حقِّهما لا بالنِّسبةِ إلى تقريرِ النِّكاحِ.

---

(١) في (ج): «بمستوري».

(٢) في (ج): «بالعقود».

(٣) «روضة الطالبين» (٧/ ٦٤).

(٤) في (هـ): «القاضي».

قال الخُوارزْمِيُّ: ومحَلُّ البُطلانِ بإقرارِهما بالنَّسبةِ إلى حقِّهما، أمَّا بالنَّسبةِ إلى حقِّ اللهِ تعالى، كما لو طلَّقَها ثلاثًا ثُمَّ توافقَا على فسادِ العقْدِ بذلك، لم يجُزْ أن يعقِدا نكاحًا بلا محلِّلٍ للتُّهمةِ، ولكونِه حقَّ اللهِ تعالى، فلا يسقُطُ بقولِهما. قال: ولو أقامَا بينةً على ذلكَ لم تُسمَعْ، وبذلكَ أفْتَى القاضي.

قال الأَذْرَعِيُّ: وهذا في الظَّاهرِ، أمَّا في الباطنِ فالنَّظرُ إلى ما في نفْسِ الأمرِ.

قال: السُّبكِيُّ وما قاله الخُوارزْمِيُّ مِن عدمِ سماعِ بيِّنتِهما صحيحٌ إذا أرادَا نكاحًا جديدًا كما فرَضَه، فلو أرادَا التَّخلُّصَ مِن المهْرِ أو أرادَتْ بعدَ الدُّخولِ مهْرَ المثْلِ، أي: وكان أكثرَ مِن المُسمَّى كما هو ظاهرٌ، أو كانت مفوَّضةً فينبَغِي قبولُها. انتَهَى.

يعْنِي بالنَّسبةِ لذلكَ فقَطْ، لا لإباحتِها بلا مُحلِّلٍ أيضًا فيما يظهَرُ، أمَّا لو قامَتْ بينةٌ حسبةً على ذلكَ سُمِعَتْ، ذكَرَه البَغَوِيُّ في «التَّعليقِ» ومَشَى عليه في «الأنوارِ».

ومحَلُّ ما ذُكِرَ في الزَّوجةِ الرَّشيدةِ، أمَّا السَّفيهةُ فلا يُقبَلُ إقرارُها في إبطالِ ما ثبَتَ لها مِن المالِ، كما بحَثَه ابنُ الرِّفْعَةِ.

قال الأَذْرَعِيُّ: وينبَغِي فيما إذا كان بعدَ الدُّخولِ ومهْرِ المِثْلِ دُونَ المُسمَّى أنَّها لا تبطُلُ الزِّيادةُ بقوْلِها، وينبَغِي ألَّا يبطُلَ حقُّ السَّيِّدِ بمُوافقَةِ الأَمَةِ. انتَهَى.

ولو أقَرَّ الزَّوجُ بالفسْقِ وأنكَرَتِ الزَّوجةُ فُرِّقَ بينَهما، وعليه نصْفُ المُسمَّى إن لم يدخُلْ بها، وكلُّه إن دخَلَ بها، وهي فرقةُ فسْخٍ لا تنْقِصُ عددَ الطَّلاقِ لو نكَحَها، كما لو أقرَّ بالرَّضاعِ.

وإذا حلَفَتْ أنَّ العقْدَ جَرَى بعَدليْنِ ورِثَتْه، وتردَّدَ الأذْرَعِيُّ في أنَّها هل تزوّجُ ما دامَتْ مُصرَّةً على الإنكارِ، وإن أقـرَّتِ الزَّوجةُ وأنكرَ الزَّوجُ فالأصحُّ قبولُ قولِـه عليها، فإن طُلِّقَتْ قبلَ دخـولٍ فلا مهْرَ لإنكارِها، نعَمْ إن كانت قدْ قبَضَتْه لم يُستَردَّ على ما قاله الإِسْنَوِيُّ وخالَفَه غيرُه، ولو ماتَ لم ترِثْه، أو بعدَ الدُّخولِ فلها أقلُّ الأَمريْنِ مِن المُسمَّى ومهْرِ المِثْلِ، فلو نكَلَ وحلَفَتْ فُرِّقَ بينَهما، ولو أقَرَّ الشَّاهدانِ بفسقِهما عندَ العقْدِ فلا أثَرَ لقولِهما.

نعَـمْ لو كانَـا يَرِثانِ المَعقودَ عليها وماتَتْ لم يستحِقَّا شـيئًا مِـن المَهرِ قبلَ الوَطءِ ولا مِن المُسمَّى بعدَه كما نبَّهَ عليه جماعةٌ، وكتبيُّنِ فسْقِ الشَّاهدَيْنِ عندَ العَقدِ تبيُّنُ كفرِهما أو رقِّهما أو أنوثتِهما عندَه، وكذا يقالُ في تبيُّنِ سالبِ الولايةِ عندَ العَقدِ أو وقوعِه في عدَّةٍ أو إحرامٍ أو نحْوِ ذلكَ، ولوِ ادَّعَتِ المرأةُ أنَّه نكَحَها بغيرِ وليٍّ وشُـهودٍ صُدِّقَتْ؛ لأنَّ ذلكَ إنكارٌ لأصْلِ العقـدِ، نقَلَه ابنُ الرِّفْعَةِ عنِ «الذَّخائرِ» والزَّرْكشِيُّ عنِ «الأمِّ».

ويفتقِرُ الشَّـاهد أيضًا إلى السَّـمعِ والبصـرِ، والنُّطقِ والتَّيقُّـظِ، والتَّحرُّزِ عنِ الحِـرفِ الدَّنيَّةِ، ومعرفةِ لسـانِ المتعاقديْـنِ، وعدمِ التَّعيُّنِ للولايـةِ، فلا ينعقِدُ مـع صمـمٍ أو عمًى أو خـرسٍ، أو تغفُّلٍ يمنعُ الضَّبـطَ، أو حِرفةٍ دنيَّـةٍ، أو عدمِ معرفةِ لسـانِ المُتعاقديْنِ، فلو كانَا يضبطـانِ اللَّفظَ ففيه وجهانِ؛ لأنَّهما ينقلانِه إلى الحاكمِ.

ولـو وُكِّلَ الأبُ أو الأخُ المنفـردُ[1] في النِّـكاحِ وشـهِدَ مـع آخَرَ لـم يصِحَّ، بخـلافِ ما لو شـهِدَ اثنانِ مِـن ثلاثةِ إخوةٍ وعقَـدَ الثَّالثُ، إلَّا أن يكـونَ بوكالةٍ منهما أو مِن أحدِهما.

---

(١) في (ج): «المفقود».

قال ابنُ العِمادِ[(١)]: ومِن شرطِ شاهِدِي النِّكاحِ أن يكونَا إنسيَّيْنِ؛ لقولِه تعالى: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾[(٢)]، ولأنَّه قد لا يجِدُ الجِنِّيَّيْنِ عندَ ردِّ[(٣)] الشَّهادةِ. انتَهَى.

ولا يفتَقِرانِ إلى كونِهما غيرَ ابنَي أو عدوَّيِ الزَّوجيْنِ، بل يجوزُ كونُهما ابنَي أو عدوَّيِ الزَّوجيْنِ أو أحدِهما، وابنَ أحدِهما وعدوَّ الآخَرِ، والجَدُّ إذا لم يكُنْ وليًّا كالابنِ وكذا الأبُ كما لو كانت بنتُه كافرةً أو رقيقةً أو ابنُه سفيهًا، وأذِنَ له في النِّكاحِ.

ويجوزُ كونُ الوليِّ أعمى وذا حِرفةٍ دنيَّةٍ، وأفْتَى العِراقِيُّ بأنَّه لا يجوزُ توليةُ عُقودِ النِّكاحِ لأعمى. قال: لأنَّ ذلكَ مِن وظائفِ القُضاةِ، وهي للبُصراءِ ثُمَّ أبدى احتمالًا بالجوازِ لعدمِ المُنافاةِ بينَ عقدِ النِّكاحِ والعَمَى.

وافتقارُ الوَليِّ والشَّاهديْنِ إلى ما تقرَّر ثابتٌ في كلِّ نكاحٍ (**إِلَّا أَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ نِكَاحُ الذِمِّيَّةِ إِلَى إِسْلَامِ الوَلِيِّ**) بل ينعقِدُ مع عدمِ إسلامِ الوَليِّ إذا لم يرتكِبْ مفسِّقًا في دِينِه، بخلافِ ما إذا ارتكبَه كما في المُسلمِ الفاسقِ، بل لا ينعقِدُ بغيرِ الوَليِّ الكافرِ لها أو لسيِّدِها مع وجودِه وعدمِ عَضلِه، وإن كان الزَّوجُ مسلمًا وإن أوهَمَ تعبيره بلا يفتقر خلافَه، فإن فُقِدَ أو عَضَلَ زوَّجَها القاضي ولا يزوِّجُ قاضِيهم والزَّوجُ مسلمٌ، بخلافِ الزَّوجِ الكافرِ؛ لأنَّ نكاحَ الكفَّارِ صحيحٌ، وإن صدَرَ من قاضِيهم فعُلِمَ أنَّه لا يُزوِّجُ مسلمٌ كافرةً إلَّا القاضِي بشرْطِه كما تقرَّر.

نعَمْ لا ولايةَ لقاضِينا على الحَربيَّةِ والمُستأمنَةِ؛ لخروجِهما عن قبضتِنا، وإلَّا السَّيِّدَ أو وليَّه على ما يأتِي بيانُه، وكأنَّه إنَّما عبَّرَ بما ذُكِرَ رمزًا إلى ما ذُكِرَ

---

(١) في (ج): «الرفعة».

(٢) الطلاق: ٢.

(٣) في (هـ) «رد».

مِن التَّفصيلِ، وقضيَّةُ إطلاقِهِ أنَّه يَلِي اليهوديُّ النَّصرانيَّة وعكسُه، وهو ما جزَمَ به المَاوَرْدِيُّ وغيْرُه.

قال في «الكفايةِ»: وبه قطَعَ أصحابُنا واقتَضَى ترجيحَه كلامُ الرَّافعيِّ كالمُتولِّي.

وهل يَلِي الذِّمِّيُّ الحَربيَّةَ وعكسُه؟ قال البُلْقينِيُّ: لم أقِفْ على نقْلٍ في ذلكَ، وقياسُ ما ذكَرُوه في الإرْثِ المَنعُ. قال: وذو العهْدِ كالذِّمِّيِّ. انتَهَى. والمُرتَدُّ لا يَلِي مرتدَّةً ولا غيْرَها.

(وَ) إلَّا أنَّه (لا) يفتقِرُ نكاحُ (**الأَمَةِ إِلَى عَدَالَةِ السَّيِّدِ**) ولا إلى حرِّيَّتِه بناءً على الأصحِّ مِن أنَّ السَّيِّدَ يزوِّجُ بالملْكِ لا بالولايةِ، فيزوّجُ أمَته كلٌّ مِن الفاسقِ والمُكاتَبِ بإذْنِ سيِّدِه أي كتابةً صحيحةً كما قاله بعضُهم.

وكذا المُبعَّضُ بأنْ ملَكَها ببعضِه الحُرِّ، وقولُ البَغَوِيِّ: لا يُزوِّجُ أصلًا؛ لأن تزويجَها بلا إذْنٍ لا يجوزُ، وبابُ التَّزويجِ منسدٌّ عليه لرِقِّه، ولو جازَ التَّزويجُ بإذْنِه لكونِها لبعضِه جازَ أن يزوِّجَ، فرَّعَه البُلْقينِيُّ وغيرُه على أنَّه يزوِّجُ بالولايةِ لا بالملْكِ.

وأفهَمَ كلامُه أنَّ الذي يُزوِّجُ الأمَةَ هو السَّيِّدُ[1] وهو كذلكَ، وإن كان مُسلمًا وهي كتابيَّةٌ وكذا إن كانت غيرَ كتابيَّةٍ في أحدِ وجهيْنِ صحَّحَه الشَّيخُ أبو عليٍّ، وجزَمَ به شُرَّاحُ «الحاوي»، وهو ظاهرُ نصِّ الشَّافعيِّ؛ لأنَّ له بيْعَها وإجارَتَها، وعدمُ جوازِ التَّمتُّعِ بها لا يمنَعُ ذلكَ كما في أمَتِه المحرمِ كأخْتِه، **وثانيهما** وبه جزَمَ البغوِيُّ: لا؛ لأنَّه لا يملِكُ التَّمتُّعَ بها.

---

(١) في (هـ): «سيدها».

فإن قلْتَ: غيرُ الكتابيَّةِ لا تحِلُّ فكيفَ يجوزُ له تزويجُها؟

قلْتُ: تحِلُّ للكافرِ، فقد قال في «الرَّوضةِ»[1]: ونكاحُ المَجوسِيِّ أو الوَثنِيِّ الأمَةَ المَجوسيَّةَ أو الوثنيَّةَ كالكتابِيِّ الأمَةَ الكتابيَّةَ. انتَهى.

وقد صرَّحُوا بأنَّ الأمةَ الكتابيَّةَ تحِلُّ للكتابِيِّ، بل في حِلِّ غيرِ الكتابيَّةِ للكِتابيِّ وجهانِ في «الكفايةِ».

فإن قلْتَ: هذا يشكِلُ على الأصحِّ مِن أنَّ الكفَّارَ مُخاطبُونَ بفُروعِ الشَّريعةِ.

قلْتُ: يمكِنُ أن يُقالَ: لا يلزَمُ مِن تكليفِهم بفُروعِ الشَّريعةِ مساواتُهم لنا في هذا الحُكمِ الخاصِّ، ولو دلَّ الحلُّ على أنَّه يقرَّرُ عليها. ولا يخْفَى بُعْدُه، فليُتَأَمَّلْ.

نعَمْ إن كانَتِ السَّيِّدةُ بالغةً رشيدةً زوَّجَ أمتَها وليُّ نكاحِها، وإن لم يَلِ مالَها كالأخِ والعمِّ، ولو لغيرِ مصلحةٍ بشرْطِ إذْنِها نُطقًا وإن كانت بكرًا لا إذْنَ الأمةِ.

وبحَثَ البُلْقينِيُّ أنَّ أمةَ المُبعَّضةِ يُزوِّجُها مَن يزوِّجُ المُبعَّضةَ بإذْنِها، يعْنِي مَن يُزوِّجُها بتقديرِ كونِها حرَّةً، وهو وليُّها لا مَن يُزوِّجُها في الحالِ الذي هو مالكُ بعضِها ووليُّها، والظَّاهرُ أنَّ الذي يُزوِّجُ أمةَ المُكاتبَةِ هو سيِّدُها بإذْنِها.

أو كان محجورًا عليه لصبًى أو جُنونٍ أو سفَهٍ، فيُزوِّجُ أمتَه وليُّ مالِه ونكاحِه، وهو الأبُ والجَدُّ ذكرًا كان أو أُنثى، بأنْ كانت بكرًا مُطلقًا أو ثيِّبًا مجنونةً، بخلافِ السَّفيهِ والمجنونِ البالغِ، أي: المُحتاجِ على قياسِ ما يأتِي عنِ الأَذْرَعِيِّ بما فيه.

ومثْلُه المَجنونةُ البالغةُ؛ لأنَّ القاضِيَ يَلِي مالَها ونكاحَها، أي: المُحتاجَةُ على قياسِ ما ذُكِرَ، بخلافِ الصَّغيرِ والصَّغيرةِ مُطلقًا، إذ لا يَلِي نكاحَهما بشرطِ

---

(١) «روضة الطالبين» (٧/ ١٣٢).

وُجودِ المصلحةِ في تزويجِها، وكونِها مِمَّن يجوزُ لمالكِها تزويجُها بتقديرِ كمالِه فليس للوليِّ المسلمِ تزويجُ أمَةٍ مسلمةٍ لمُولِيه الكافرِ، بخلافِ الأمةِ الكافرةِ لمُولِيه الذَّكرِ ولو كان كافرًا، أو الأنثى المسلمةِ فله تزويجُها.

ووجْهُ هذا التَّفصيلِ: أنَّ الذَّكرَ له تزويجُ أمتِه الكافرةِ مُسلمًا كان أو كافرًا، فقامَ وليُّه مقامَه، والأنثى لا تزوِّجُ، فيُقيَّدُ مقامُ الوَليِّ مقامَها بما إذا ملَكَ تزويجَها، وذلك إذا كانت مسلمةً.

وإذْنُ السَّفيهِ والسَّفيهةِ صريحًا في تزويجِها، ولو زوَّجَها السَّفيهُ بإذْنِ وليِّه صريحًا جازَ، وما تقرَّرَ مِن اعتبارِ وليِّ مالِه ونكاحِه الذي هو الأبُ والجَدُّ والقاضي هو قضيَّةُ كلامِ «الرَّوضةِ»، واعتمدَه المُتأخِّرونَ، وإن مَشَى عليه صاحبُ «التَّمشيةِ» على اعتبارِ وليِّ المالِ ولو وصيًّا وقيِّمًا.

وقيَّدَ الأَذْرَعِيُّ بحثًا تزويجَ وليِّه -أعني السَّفِيهَ- أمتَه بما إذا كان هو مُحتاجًا إلى النِّكاحِ، إذِ الوَليُّ إنَّما يملِكُ نكاحَه حينئذٍ، ونظَرَ فيه شيخُ مشايخِنا بأنَّه يكْفِي في ذلكَ أنَّه يملِكُ تزويجَه في الجُملةِ، وقياسُ ما تقرَّرَ مِن أنَّ القاضِيَ يزوِّجُ أمَةَ السَّفيهِ والمَجنونِ والمجنونةِ أنَّه لا فرْقَ فيها بينَ المُسلمةِ والكافرةِ، وهو ظاهرٌ.

(**وَأَوْلَى الوُلَاةِ**) أي: أحقُّهم بالتَّزويجِ (**الأَبُ، ثُمَّ الجَدُّ أَبُو الأَبِ**) وإن عَلَا، ويُقدَّمُ منه الأقربُ فالأقربُ، بخلافِ الجَدِّ أبي الأمِّ، فإنَّه لا ولايةَ له (**ثُمَّ الأَخُ لِلْأَبِ وَالأُمِّ، ثُمَّ الأَخُ لِلْأَبِ**) فقَطْ بخلافِ الأخِ للأمِّ فقَطْ لا ولايةَ له (**ثُمَّ ابْنُ الأَخِ لِلْأَبِ وَالأُمِّ، ثُمَّ ابْنُ الأَخِ لِلْأَبِ**) فقَطْ، بخلافِ ابنِ الأخِ للأمِّ فقَطْ (**ثُمَّ العَمُّ، ثُمَّ ابْنُهُ، عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ**) المذكورِ في الأخِ وابنِه أي: ثُمَّ العمُّ للأبِ والأمِّ، ثُمَّ العمُّ للأبِ فقَطْ، ثُمَّ ابنُ العمِّ للأبِ والأمِّ، ثُمَّ ابنُ العمِّ للأبِ فقَطْ، بخلافِ العمِّ للأمِّ فقَطْ وابنِه فلا ولايةَ لهما.

(**فَـإِذَا عُدِمَ العَصَبَاتُ**) المذكـورن (**فَالمَوْلَى المُعتِقُ**) يزوِّجُ بحقِّ الولاءِ (**ثُمَّ عَصَبَاتُـهُ**) يزوِّجـون بترتيبِهـم في الإرْثِ، فيُقَـدَّمُ الأخُ ثُمَّ ابنُه علـى الجَدِّ على العكسِ مِن النَّسبِ. قال البُلْقينِيُّ: ويُقدَّمُ العمُّ على أبي الجَدِّ كما في «البُوَيطِي».

نعَمْ إن كانَتِ العَتيقـةُ مجنونةً زوَّجَها القاضي دونَ المُعتقِ؛ لأنَّه يلِي مالَها، كمـا يُزوِّجُ المَجنونةَ البالغـةَ الَّتي لا وليَّ لها مجبِرٌ، ويتقـدَّمُ على أقاربِها على الأصحِّ، فإن كان المَوْلَى المُعتقُ كافرًا زوَّجَ العتيقةَ أقاربُها المُسلمونَ إن كانت مُسلمةً، ثُمَّ القاضي.

فإن كانت كافرةً زوَّجَها مَن له ولاؤُها أي بعدَ أقاربِ النَّسبِ، وإن كان أنثى زوَّجَ العتيقـةَ بإذْنِهـا مَن يُزوِّجُ المُعتقةَ ولو بلا إذْنِهـا، فيُزوِّجُها أبو المُعتقةِ، ثُمَّ جَدُّها بترتيبِ الأولياءِ، ولا يُزوِّجُها ابنُها.

نعَـمْ لـو كانَتِ المُعتقةُ ووليُّها كافريْنِ والعَتيقةُ مسـلمةً لـم يُزوِّجْها أي: بل يُزوِّجُها القاضي كما هو ظاهرٌ، أو كانَتِ المُعتقةُ مسلمةً ووليُّها والعَتيقةُ كافريْنِ زوَّجَها، فإذا ماتَتِ المُعتقةُ زوَّجَ العَتيقةَ مَن له الوَلاءُ، فيُقدَّمُ ابنُها على أبيها.

وإن كان خُنثى زوَّجَ عتيقته وليُّه لو كان أُنثى بإذْنِه وإذنِها، فإن زوَّجَها الخُنثى ثُمَّ بانَ ذكرًا صحَّ.

وفُهِمَ ممَّا ذُكِرَ أنَّه إذا اجتمَعَ عددٌ مِن عَصبةِ النَّسبِ أوِ الولاءِ في درجةٍ كإخوةٍ أو أعمامٍ لأبٍ وأمٍّ لم يُقدَّمْ أحدُهم على الآخَرِ، وهو كذلكَ.

فـإن أذِنَـتْ لكلٍّ منهـم في تزويجِها سُـنَّ أن يُزوِّجَهـا أفقَهُهم ببـابِ النِّكاحِ بالنِّسبةِ إلى غيرِه منهم، ثم أورَعُهم، ثُمَّ أسنُّهم بالنِّسبةِ إلى غيرِه منهم برضاهم.

فإن تنازَعُوا فقال كلٌّ: «أنا الذي أزوِّجُ»:

* فإنِ اتَّحَدَ الخاطِبُ وجَبَ الإقراعُ بينَهم؛ قطعًا للنِّزاعِ، فيزوِّجُ مَن خرَجَتْ قرعتُـه، ولا تنتقِـلُ الولايةُ للحاكمِ، فلـو زوَّجَها المَفضولُ أو غيـرُ مَن خرَجَتْ قرعتُـه صحَّ تزويجُه؛ لإذْنِها فيه، وفائدةُ القرعـةِ قطْعُ النِّزاعِ بينَهم، لا نفْيُ ولايةِ مَن لم تخرُجْ له.

* وإن تعـدَّدَ الخاطـبُ لم تزوَّجْ إلَّا مِمَّـن ترْضَاه، فإن رضِيَـتِ الجميعَ أمَرَ الحاكِـمُ بتزويجِ الأصلـحِ، ذكَرَه في «الرَّوضـةِ» و«أصْلِها» عـنِ البَغَويِّ وغيرِه، وجزَمَ به في «الشَّرحِ الصَّغيرِ».

فإنْ تشاجَرُوا فهو عضلٌ فيزوِّجُ القاضي الأصلَحَ منهم، قاله الفُورَانِيُّ وغيرُه، وعليه حُمِلَ خبَرُ: «**فَإِنْ تَشَاجَرُوا، فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ**»[1].

وفي كونِ التَّشاجُرِ عَضلًا بالنَّسبةِ لمَنْ أرادَ التَّزويجَ مَن يُعيِّنُ القاضي الأصلَحَ وقفةٌ.

وإن لـم تأذَنْ لـكلٍّ منهم بل أذِنَتْ لأحِدهم لم يزوِّجْهـا غيرُه، أو قالَتْ لهم: «زوِّجُوني»، اشـتُرِطَ اجتماعُهم، ولو أذِنَتْ لجماعةٍ مِن القُضاةِ على أنْ يسـتقِلَّ كلٌّ منهم بتزويجِها فتنازَعُوا فيمَنْ يزوِّجُ.

قال الزَّرْكشِـيُّ: فالظَّاهرُ أنَّه لا يقرَعُ؛ لأنَّ كلًّا منهم مأذونٌ له في الانفرادِ، ولا حظَّ فيه له، فليبادِرْ إلى التَّصرُّفِ إن شاءَ، بخلافِ الوَليِّ.

ومعلـومٌ أنَّ المُعتقِيـن ثُمَّ عصباتِهم يُشـتَرطُ اجتماعُهم في العَقـدِ، فلو كانُوا ثلاثـةً اشـتُرِطَ رِضاهُم، فلو ماتُوا اشـتُرِطَ واحدٌ مِن عَصبـةِ كلِّ واحدٍ منهم، أو بعضُهم فقَطْ كَفَى موافقةُ أحدِ عَصباتِه لمَنْ بقِيَ منهم.

---

(١) رواه أبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي (١١٠٢) وقال: حسـن، والنسـائي في «الكبرى» (٥٣٧٣)، وابن ماجه (١٨٧٩) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

نعَمْ لو تزوَّجَ واحدٌ مِن العَددِ المُستويينَ على غيْرِه منهم؛ كأنْ كان أخًا لأمٍّ، أو ابنًا قُدِّمَ؛ لأنَّه أقرَبُ، فلوِ اجتمَعَا قُدِّمَ الابنُ، وذلكَ كابنَي ابنِ[1] عمٍّ أحدُهما أخٌ لأمٍّ والآخرُ ابنٌ.

(ثُـمَّ) إذا عُـدِمَ المُعتقُ وعَصباتُه أيضًا زوَّجَ **(الحَاكِـمُ)** مَن هي في مَحَلِّ ولايتِه حيـنَ التَّزويجِ، وإن كانت ذمِّيَّةً، بخـلافِ الحَربيَّةِ والمُسـتأمنَةِ كما تقدَّمَ، أو كان الزَّوجُ خارجًا عن مَحَلِّ ولايتِه أو سمِعَ إذْنَها في محَلِّ ولايتِه، ثُمَّ خرَجَ منها وعادَ، كما لو سـمِعَ البيِّنةَ ثُمَّ خرَجَ عن مَحَلِّ ولايتِه ثُـمَّ عادَ، فإنَّه يُحكَمُ على الصَّحيحِ، وكذا إن كان إذْنُها له خارجَها ثُمَّ اجتمَعَا فيها فيما يظهَرُ مِن تردُّدٍ في ذلكَ، كما لو أذِنَتْ حالَ إحرامِها، ولا يُزوِّجُ مَن ليسَتْ في محَلِّ ولايتِه حينَ التَّزويجِ.

وإن كان التَّزويجُ في محَلِّ ولايتِه، أو كانت هي في مَحَلِّ ولايةِ مسـتنيبهِ فقَطْ حينئـذٍ ولو اسـتنابَه قاضٍ في بلـدةٍ وآخَرُ في أُخرى، ففي جـوازِ تزويجِه مَن هي بإحدى البلدتيْنِ وهو في الأُخرى احتمالانِ ينبَغِي أن يكونَ أوجَهُهُما الجَوازُ.

ولـو تعمَّدَ الإقدامَ علـى تزويجِها مع اعتقادِ أنَّها في غيـرِ مَحَلِّ ولايتِه ثُمَّ بانَ أنَّها كانت فيها، فبحَثَ بعضُهم عدمَ الصِّحَّةِ لفسْقِه بالإقدامِ على هذا التَّزويجِ، وخروجِه عنِ الولايةِ بتعمُّدِ الكبيرةِ، فإنَّ الشَّكَّ في حِلِّ المنكوحةِ يُوجِبُ بُطلانَ العَقدِ، وقد يُنظَرُ فيه بما صرَّحُوا به مِن صحَّةِ نكاحِ أمةٍ زوَّجَها وارثٌ يظنُّ حياةَ مورِّثِه فبانَ ميِّتًا.

وهـلِ المُـرادُ بمَحَلِّ ولايتِه نفْـسُ البلدةِ دونَ مزارعِها أو بسـاتينِها، حتَّى لو زوَّجَ امرأةً بالبلدةِ وهي بنحْوِ المُزارعِ أو بالعكسِ لم يصِحَّ؟ وتردَّدَ فيه بعضُهم،

(١) ليست في (هـ)، (ن).

وقـال: إنَّ ظاهـرَ كلام الأصحـابِ الأوَّلُ. انتَهَـى. لكن ينبَغِي أن يكـونَ المُرادُ البلدَةَ وما يُنسَبُ إليها ممَّا ذُكِرَ.

ولو كان سيِّدُ الأمةِ مُوليًا لقاضِي بلدةٍ وأمتُه ببلدةٍ أُخرى، فقياسُ ما قالُوه مِن أنَّ التَّصـرُّفَ في مـالِ اليتيمِ لقاضي بلدِه دونَ قاضي بلـدِ مالِه أنَّ ولايةَ تزويجِها لقاضي بلَدِ سيِّدِها.

فإن فُقِدَ الحاكمُ أيضًا جازَ للزَّوجيْنِ أن يُولِّيَا أمْرَهما حُرًّا عَدلًا ليعقِدَ بينَهما، وإن لم يكُنْ مُجتهدًا، ولو مع وُجودِ مُجتهدٍ على ما هو ظاهِرُ إطلاقِهم، بخلافِ ما إذا وُجِدَ الحاكمُ، ولو حاكِمَ ضرورةٍ، فإنَّه لا يجوزُ أن يُولِّيَا إلَّا المُجتهدَ.

ولا فـرْقَ بينَ السَّـفرِ والحَضـرِ في الحاليْنِ. هذا ما تلخَّصَ مـن كلامٍ كثيرٍ في المسألةِ.

قـال ابنُ العِمـادِ: ولو سـافَرَتِ المَرأةُ مع رُفْقـةٍ فحكَّمَتْ واحدًا مِـن الرُّفْقةِ فزوَّجَهـا، فـإن لم يكُنْ لها وليٌّ (جاز مطلقًـا، وإن كان لها ولي)[1] فإن حكَّمَتْ قبلَ أن تنتَهِيَ إلى مسافةِ القصْرِ لم يجُزْ بناءً على الأصحِّ أنَّ الحاكِمَ لا يُزوِّجُ إلَّا إذا غابَ الأقربُ إلى مسافةِ القَصْرِ، وإن كان بعدَ بلوغِها مسافةَ القصْرِ جازَ، ولو حكَّمَـتْ وليَّها الأبعَدَ مع غيبةِ الأقربِ جازَ، وتزويجُها بطَريقِ الحُكمِ لا بطريقِ الولايةِ بالقَرابةِ. انتَهَى.

ويُخالِـفُ ما ذكَرَه آخـرًا قولُ «الأنوارِ»: لو كان لها ولـيٌّ وهو غائبٌ لم يجُزِ التَّحكيمُ؛ لأنَّ نيابةَ الغائبِ للقاضِي. انتَهَى. إلا أن يُحمَلَ كلامُه على ما إذا كان الأبعَدُ مجتهدًا أو فُقِدَ القاضي، وكلامُ «الأنوارِ» على ما إذا كان غيرَ مجتهدٍ مع وجودِ القاضي بناءً على التَّلخيصِ المُتقدِّمِ.

---

(١) زيادة من (هـ).

وأفهَمَ كلامُ المُصنِّفِ أنَّه ولايةٌ للابنِ، وهو كذلكَ، نعَمْ إن وُجِدَ فيه غيرُ سببِ البنوَّةِ ولِيَ به، كأن كان ابنَ ابنِ عمٍّ، أو أخًا مِن وطءِ شُبهةٍ، أو نكاحِ مجوسيٍّ، أو مولى مباشرةٍ أو سرايةٍ أو قاضيًا، وأنَّ الحاكِمَ إنَّما يَلِي عندَ فقْدِ غيْرِه ممَّن تقدَّمَ عليه، وليس مرادًا، فإنه يَلِي مع وجودِه أيضًا في مسائلَ مذكورةٍ في المُطوَّلاتِ.

(**وَلَا يَجُوزُ**) لغيرِ صاحبِ العِدَّةِ (**أَنْ يُصَرِّحَ بِخِطْبَةِ مُعْتَدَّةٍ**) غيرِ رجعيَّة بطلاقٍ أو فسْخٍ أو انفساخٍ أو موتٍ، وكذا وطءُ شبهةٍ كما جزَمَ به المَاوَرْدِيُّ وغيرُه، وليس في «العزيزِ» و«الرَّوضةِ» ما يُنافِيه، خلافًا لِما وقَعَ لبعضِهم.

(**وَيَجُوزُ**) له (**أَنْ يُعَرِّضَ**) لخِطبتِها (**وَ**) لكِنْ إنَّما (**يَنْكِحَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا**[1])) لا قبْلَه، بخلافِ صاحبِ العِدَّةِ يجوزُ له خِطبةُ المُعتدَّةِ تصريحًا وتعريضًا، ومعلومٌ أنَّ هذا في غيرِ المُعتدَّةِ عن وفاةٍ أو وَطءِ شبهةٍ أو طلاقٍ ثلاثًا؛ إذ خِطبةُ صاحبِها لا تُتصوَّرُ في الأُولى، ولا تجوزُ في الثَّانيةِ، وكذا في الثَّالثةِ إلى أن تنكِحَ زوجًا آخَرَ ثُمَّ يُطلِّقُها، فحينئذٍ يجوزُ له التَّعريضُ فقَطْ إن كان الطَّلاقُ رجعيًّا، وبخلافِ الرَّجعيَّةِ فلا يجوزُ التَّعريضُ أيضًا، ومثْلُها المُرتدَّةُ في عدَّةِ الرِّدَّةِ على ما قاله المُتولِّي؛ لأنَّها إن أسلَمَتْ في العدَّةِ كانت زوجةً.

والخِطبةُ بكسرِ الخاءِ: التماسُ الخاطِبِ النِّكاحَ مِن جهةِ المخطوبةِ.

والتَّصريحُ: ما يقطَعُ الرغبَةَ في النِّكاحِ؛ كـ«أريدُ أنْ أنكِحَكِ»، أو[2] «إذا انقضَتْ عدَّتُكِ نكحْتُكِ».

والتَّعريضُ: ما يحتمِلُ الرَّغبَةَ في النِّكاحِ وغيرِها؛ نحْوُ: «مَن يجِدُ مثْلَكِ»، و«إذا حلَلْتِ فآذِنِينِي».

---

(١) في (هـ): «العدة».

(٢) في (ج)، (ن): «ف».

وفي «البحرِ» عنِ «الأمِّ» لو قال: «عندي جماعٌ يُرْضِي مَن جُومِعَتْ» فهو تعريضٌ حرامٌ، وهذا يدُلُّ على أنَّ بعضَ التَّعريضِ حرامٌ، يعْنِي: وهو ما فحُشَ؛ لتضمُّنِه ذكْرَ الجماعِ. وقال بعضُهم: التَّعريضُ بالجِماعِ تصريحٌ بالخِطبةِ، ويُمكِنُ ردُّ كلامِ «الأمِّ» إليه. انتَهَى.

وخرَجَ بالمُعتدَّةِ غيْرُها، فإذا كانت منكوحةً حرُمَ خِطبتُها تصريحًا أو تعريضًا، أو غيرَ منكوحةٍ حلَّتْ كذلكَ إجماعًا فيهما.

لكن لوِ امتنَعَ نكاحُ الثَّانيةِ في الحالِ كثيِّبٍ صغيرةٍ عاقلةٍ، أو بكرٍ عدِمَتِ المُجبرَ فهل تجوزُ خِطبتُها؟

قال الزَّرْكشِيُّ: الظَّاهرُ الجوازُ ليقَعَ التَّزويجُ إذا زالَ المانعُ. قال: ولا كراهَةَ في أن يقولَ المُسلمُ للمَجوسيَّةِ ونحْوِها: «إذا أسلَمْتِ تزوجْتُكِ»؛ لأنَّ الحمْلَ على الإسلامِ مطلوبٌ، بخلافِ الكافرِ للمسلمةِ، ولم يتعرَّضُوا لهذه الصُّورةِ. انتَهَى.

أو كانَت -أي: الثَّانيةُ- سُرِّيَّةً، أو أمَّ ولدٍ، فالظَّاهرُ كما قال الزَّرْكشِيُّ كغيرِه عدمُ الجوازِ إذا لم يعرضِ السَّيِّدُ عنهما؛ لِما فيه مِن إيذائِه، بل هي في معنى المنكوحةِ. قال: نَعْمْ، متى وجَبَ الاستبراءُ ولم يقصِدِ التَّسري، جازَ التَّعريضُ كالبائنِ إلَّا أن خيفَ إفسادُها على مالكِها. انتَهَى.

وصرَّحَ المَاوَرْدِيُّ بأنَّ مَنِ استكمَلَ نكاحَ أربعٍ حَرُمَ أن يَخطِبَ أو يُخطبَ، وخالَفَه البُلْقينِيُّ حيثُ بحَثَ جوازَ خِطبةِ الخامسةِ إن عزَمَ على أنَّها إن أجابَتْ أبانَ واحدةً، وطرَدَ ذلكَ في خِطبةِ أخْتِ الزَّوجةِ وهو أوجَهُ، ويحتمِلُ على قياسِه الجَوازُ أيضًا إذا لم يعزِمْ على ما ذُكِرَ ولا على خلافِه اكتفاءً بالإمكانِ وعدمِ تعيُّنِ المَحذورِ.

وكالخِطبة في جميعِ ما تقرَّرَ: جوابُها ممَّنْ يُعتبرُ جوابُها إجابتُه، وظاهرُ التَّعبيرِ بالجوازِ عدمُ استحبابِ الخِطبةِ حيثُ جازَتْ، وهو ما عَزَاه الرَّافعيُّ للجمهورِ، واستحَبَّها الغزَاليُّ.

قال الزَّرْكشِيُّ: ويُشْبِهُ التَّفصيلُ بينَ مَن يُستحَبُّ له النِّكاحُ فتُستحَبُّ له، ومَن لا فلا؛ لأن حُكمَ الوَسيلةِ حكمُ المَقصدِ.

(**وَالنِّسَاءُ ضَرْبَانِ: بِكْرٌ، وَثَيِّبٌ**) وهو مَن زالَتْ بكارتُها بوَطءٍ في قُبُلِها ولو حرامًا، ومِن نحْوِ قِردٍ، كما قاله الأَذْرَعِيُّ، وإن كانت نائمةً أو مجنونةً أو صغيرةً لا تحتمِلُ الوَطءَ ومكرهةً وإن عادَتْ بكارتُها.

بخلافِ مَن زالَتْ بكارتُها بوطء في دُبُرِها أو بغيرِ وطءٍ؛ كسقطةٍ وأُصبعٍ وحِدَّةِ حيضٍ، أو خُلِقَتْ بلا بكارةٍ، أو وُطِئَتْ في قُبُلِها ولم تزُلْ بكارتُها لكونِها عذراءَ، كما اقْتَضَاه كلامُ الشَّيخيْنِ فإنَّها بِكْرٌ.

(**فَالبِكْرُ يَجُوزُ لِلْأَبِ وَالجَدِّ**) وإن عَلَا عندَ عدمِ الأبِ؛ أي: ولو حكمًا بأنِ اختلَّتْ ولايتُه لقيامِ أحدِ موانعِها به كما هو ظاهرٌ دونَ غيرِهما (**إِجْبَارُهَا عَلَى النِّكَاحِ**) بأن يُزوِّجَها أحدُهما بغيرِ إذْنِها بمَهْرِ مثْلِها مِن نقْدِ البلدِ مِن كفؤٍ لها مُوسرًا بالمَهرِ حيثُ لا عَداوةَ ظاهرة بينَها وبينَ الوَليِّ، ولا عداوةَ بينَها وبينَ الزَّوجِ كما بحَثَه العِراقِيُّ مِن غيرِ تقييدٍ بالظَّاهرةِ لوضوحِ الفَرْقِ بينَ الوَليِّ والزَّوجِ.

فإنِ انتَفَى شرطٌ مِن هذه القُيودِ لم يجُزْ لواحدٍ منهما إجبارُها، بل يفسُدُ النِّكاحُ إن أجبرَها مع وجودِ العَداوةِ بينَها وبينَه أو بينَها وبينَ الزَّوجِ على ما تقرَّرَ، وإن جهلَها كما هو ظاهرٌ؛ إذ لا أثَرَ للجهلِ في الشُّروطِ، أوِ انتفاءِ الكفاءةِ، وكذا مع انتفاءِ اليَسارِ بمهْرِ المِثْلِ كما نقَلَه الشَّيخانِ عنِ القاضي وأقرَّاه لانتفاءِ

المَصلحةِ المُعتبَرةِ في تصرُّفِ الوَليِّ، وإن قال جمْعٌ -منهم البُلْقينِيُّ والزَّرْكشِيُّ- إنه مُفرَّعٌ على اعتبارِ اليَسارِ في الكفاءةِ، وهو خلافُ الصَّحيحِ، واستحسَنَه شيخُ مشايخِنا، بخلافِ ما لو أجبَرَها بلا مَهرٍ، أو بدونِ مَهْرِ المِثْلِ، أو بغيرِ نقْدِ البلدِ، فيصِحُّ النِّكاحُ بمهْرِ المِثْلِ مِن نقْدِ البلدِ.

ولا عِبْرةَ بمُجرَّدِ كراهتِها للوَليِّ أو الزَّوجِ، نعَمْ يُكرَهُ تزويجُها مَنْ تكرَهُه، نصَّ عليه في «الأمِّ»، وهلِ المُرادُ بالعَداوةِ ما يمنَعُ قبولَ الشَّهادةِ؟ فيه نظرٌ.

ودخَلَ في البِكْرِ الصَّغيرةُ الَّتي لا تحتمِلُ الوَطءَ، فيجوزُ إجبارُها وهو كذلكَ، وإن توقَّفَ فيه الزَّرْكشِيُّ، والسَّفيهةُ التي يَلِي الحاكمُ مالها بأنْ طرَأَ سفَهُهَا بعدَ الرُّشدِ، وهو كذلكَ أيضًا.

وقولُ الدَّميريِّ وغيرِه: «إنَّ الحاكمَ يُزوِّجُها مع وجودِ أبيها بأنَّه الوَليُّ» مردودٌ بأنَّ كلام الأصحابِ يُفهِمُ خِلافَه، وبحَثَ ابنُ العِمادِ أنَّ البِكْرَ إذا لزِمَها الحَجُّ لا يُزوِّجُها الأبُ إلَّا بإذْنِها؛ لأنَّ الزَّوجَ يمنَعُها منه؛ لكونِه مُوسَّعًا، ولها غرضٌ في تعجيلِ براءتِها. انتَهَى. وهو محَلُّ التَّأمُّلِ.

(والثَّيِّبُ) العاقلةُ (**لَا يَجُوزُ**) لأحدٍ مِن الأولياءِ سواءٌ الأبُ والجَدُّ وغيرُهما (**تَزْوِيجُهَا إِلَّا بَعْدَ بُلُوغِهَا وَإِذْنِهَا**) نُطقًا ولو بلفْظِ الوكالةِ؛ لأنَّ المعْنَى واحدٌ، ولو أذِنَتْ ثُمَّ رجَعَتْ عنِ الإذْنِ فكرُجوعِ المُوكِّلِ عنِ الوكالةِ، فإنْ زوَّجَها الوَليُّ بعدَ رُجوعِها وقبْلَ علْمِه لم يصِحَّ.

وأفْتَى شيخُنا الرَّمْلِيُّ فيمَنْ أذِنَتْ لوَليِّها أنْ يُزوِّجَها إذا طَلُقَتْ وانقَضَتْ عدَّتُها أي: أو طَلُقَتْ فيما يظهَرُ أنَّ له بهذا الإذْنِ تزويجَها بعدَ الطَّلاقِ والعدَّةِ، بخلافِ ما إذا وكَّلَ المُجبِرُ مَن يُزوِّجُ البِكْرَ المُزوَّجَةَ ثُمَّ طَلُقَتْ قبلَ الدُّخولِ، فليس للوَكيلِ تزويجُها بهذا الإذْنِ مُطلقًا، والفرْقُ قوَّةُ ولايةِ الوَليِّ؛ لأنَّها شَرعيَّةٌ.

وخالَفَ شيخُ مشايخِنا فأفْتَى في الثَّانيةِ بأنَّ للوَكيلِ ذلكَ إن قال له: وكَّلْتُكَ أنْ تُزوِّجَها بعدَ طلاقها وانقضاءِ عدَّتِها، أو أطْلَقَ كما لو وكَّلَ المُحرمَ في تزويجِ موليَّتِه. انتَهَى. والفرْقُ لائحٌ.

ويُسَنُّ الإشهادُ على إذْنِها لوَليِّها ليُؤمَنَ إنكارُها ولا يجِبُ، وإن كان الوَليُّ حاكمًا كما أفْتَى به القاضي والبَغوِيُّ خلافًا لابنِ عبدِ السَّلامِ والبُلْقينِيِّ؛ لأنَّه ليس مِن نفسِ النِّكاحِ المُعتبَرِ فيه الإشهادُ، وإنَّما هو شرطٌ فيه، ومُجرَّدُ تصرُّفِ الحاكمِ ليس بحكمٍ على الصَّحيحِ حتَّى يجِبَ ظهورُ مُستندِه بثبوتِ إذْنِها عندَه.

ويُعلَمُ إذْنُها بإقرارِها أو بشاهديْنِ أو تصادقِ المُتعاقديْنِ، وأفْتَى البَغَوِيُّ أنَّ رجلًا لو قال للحاكمِ: أذِنَتْ لكَ فلانةٌ في تزويجِها منِّي، فإن وقَعَ في نفْسِه صدْقُه جازَ تزويجُها به، وإلا فلَا، ولا يُعتمَدُ تحليفُه.

ولو أرادَ أن يُزوِّجَ ابنةَ عمِّه أي مثلًا كما هو ظاهرٌ، وأخبرَه رجلٌ أو رجلانِ أنَّها أذِنَتْ له فزوَّجَها ثُمَّ قالا: كذَبْنا في الإخبارِ، فإن قالَتِ المرأةُ: «كنتُ أذِنْتُ» يصِحُّ النِّكاحُ، أو أنكرَتْ صُدِّقَتْ بيمينِها، وعلى الزَّوجِ البيِّنةُ بإذْنِها.

ولو أرسَلَتْ رسولًا بالإذْنِ إلى ابنِ عمِّها أي مثلًا كما هو ظاهرٌ فلم يأْتِه الرَّسولُ وأتَاه مَنْ سمِعَ مِن الرَّسولِ وأخبرَه فزوَّجَها، صحَّ النِّكاحُ؛ لأنَّ هذا إخبارٌ لا شهادةٌ، ذكرَه في «الأنوارِ»، وقضيَّةُ هذا التَّعليلِ أنَّه يكْفِي كونُ الرَّسولِ عدْلَ روايةٍ، ولو عبدًا أو امرأةً، وإن كان العاقدُ الحاكمَ بناءً على ما تقدَّمَ عن القاضي والبَغَوِيِّ.

بل قد يقالُ: ينبَغِي الاكتفاءُ بإخبارِ نحْوِ الصَّبيِّ إذا ظُنَّ صِدْقُه، بل لو أقدَمَ على العقدِ مِن غيرِ إخبارٍ فبانَ أنَّها كانت أذِنَتْ لم تبعُدِ الصِّحَّةُ أيضًا اكتفاءً

بوجودِ الإذْنِ في نفسِ الأمرِ، إلَّا أن يُقالَ: إقدامُه في هذه الحالةِ مُفسِّقٌ له على ما تقدَّمَ عنِ ابنِ العِمادِ بما فيه، فليُتَأَمَّلْ.

وعُلِمَ مِن كلامِ المُصنِّفِ أنَّ الثَّيِّبَ الصَّغيرةَ لا تزوَّجُ بحالٍ، وخرَجَ بالعاقلةِ المجنونةُ صغيرةً كانت أو كبيرةً، فللأبِ ثُمَّ الجَدِّ وإن عَلَا تزويجُها عندَ ظهورِ المَصلحةِ مِن كفايةِ النَّفقةِ وغيرِها، فإن كانت بالغةً مُحتاجةً إلى النِّكاحِ كأنْ تظهَرَ علاماتُ غلبةِ شهوتِها أو يُتوقَّعَ الشِّفاءُ بقولِ عَدليْنِ مِن الأطبَّاءِ، فعليهما ثُمَّ على الحاكمِ تزويجُها.

وكالثَّيِّبِ البِكْرُ في حقِّ غيرِ الأبِ والجَدِّ، فلا يُزوِّجُها إلَّا بعدَ بلوغِها وإذْنِها، لكن لا يُشترَطُ إذْنُها، بل يكْفِي سكوتُها ولو عتيقةً، كما ذكَرَه الزَّرْكشِيُّ في «شرحِ المنهاجِ»، وإن وقَعَ له في غيرِه خلافُه بعدَ استئذانِها، ولو في غيرِ كفؤٍ وإن لم يعلَمْ أنَّ ذلكَ إذْنٌ، خلافًا لابنِ المُنذرِ.

وإن بكَتْ بلا صِياحٍ أو ضرْبِ خدٍّ، بخلافِ ما إذا بكَتْ بأحدِهما، نعَمْ لا يكْفِي سكوتُها بعدَ استئذانِها في نكاحِها بلا مَهرٍ أو بدونِ مَهْرِ المِثْلِ أو بغيرِ نقْدِ البلدِ بالنِّسبةِ إلى ذلكَ، وإن كَفَى بالنِّسبةِ للنِّكاحِ.

وتُصدَّقُ المَرأةُ في دَعْوى البَكارةِ بلا يَمينٍ، ولا يُكْشَفُ عنها؛ لأنَّها أعلَمُ بحالِها، وكذا في دَعْوى الثُّيوبةِ قبلَ العقدِ ولو بلا يمينٍ كما اقْتَضاه كلامُ «الرَّوضِ» وغيرِه، لكنِ المُتَّجِهُ كما أشارَ إليه شيخُ مشايخِنا أنَّه لا بدَّ مِن اليمينِ لاقتضاءِ دعواها إبطالَ حقِّ وليِّها مِن الإجبارِ إذا أرادَ أن يُزوِّجَها بغيرِ إذْنِها نُطقًا لا بعدَ العقدِ حيثُ زُوِّجَتْ بغيرِ إذْنِها نُطقًا، بل المُصدَّقُ الوَليُّ بيمينِه؛ لِما في تصديقِها مِن إبطالِ النِّكاحِ مع أنَّ الأصْلَ بقاءُ البَكارةِ.

بـل لو شـهِدَتْ أربعُ نِسـوةٍ بثيوبتِها عندَ العقـدِ لم يبطُلْ كما قالـه المَاوَرْدِيُّ والرُّويَانِـيُّ، وإن أفتَـى القاضي بخلافِه؛ لاحتمـالِ إزالتِها بنحْوِ إصبـعٍ، أو أنَّها خُلِقَـتْ بدونِها، وفارَقَ تصديقُها في دَعْوى الرَّضاعِ بأنَّ الولايةَ مُحقَّقةٌ، والثُّيوبةُ لا تنافِيها نظرًا لذلكَ الاحتمالِ.

(**وَالمُحَرَّمَـاتُ**) مِـن حيثُ نِكاحُهُـنَّ (**بِالنَّصِّ**) في كتـابِ اللهِ تعالى، وخرَجَ نحْوُ عمَّةِ الزَّوجةِ وخالتِها ممَّا سـيأتِي، فإنَّه يحرُمُ[١] بالنِّسـبةِ[٢] (**أَرْبَعَ عَشْـرَةَ: سَبْعٌ**) منهُنَّ يَحرُمْنَ (**بِالنَّسَبِ**) أي: بسببِ القرابةِ بينَهُنَّ وبينَ الزَّوجِ (**وَهِيَ**:

(١) (**الأُمُّ وَإِنْ عَلَـتْ**) وهي مَن ولدَتْكَ أو ولدَتْ مَن ولَدَكَ[٣]، ذكرًا كان أو أُنثى، بواسطةٍ أو غيرِها.

(٢) (**وَالبِنْتُ وَإِنْ سَـفَلَتْ**) وهي مَن ولدَتْها أو ولَدَتْ مَن وَلَدَها، ذكرًا كان أو أُنثى، بواسطةٍ أو غيرِها.

وفي المنفيَّـةِ بلعـانٍ خـلافٌ، والأصحُّ تحريمُهـا على نافِيهـا وإن لم يَدخُلْ بأمِّهـا، ويتعـدَّى تحريمُها إلى سـائرِ محارمِه، إذ لا تنتَفِي عنـه قطعًا، ولهذا لو كذَّبَ[٤] نفسَـه لحقِتْه، نعَمْ في وجـوبِ القصاصِ بقتْلِه لهـا، والحدِّ بقذْفِه لها، والقطـعِ بسـرقةِ مالِها، وقبولِ شـهادتِه لها وجهـانِ أصحُّهُما على مـا فُهِمَ مِن بعضِ نُسـخِ «الرَّوضـةِ» المنعُ، لكِن رجَّـحَ الأَذْرَعِيُّ ومَن تبِعَـه وغيرُه خلافَه، ونقلوهُ عن مُقتضى كلامِ «التَّتمَّةِ»، ونسَبُوا تلكَ النُّسخَ إلى السَّقمِ.

قـال البُلْقينِيُّ: وهل يأتِي الوجهانِ في انتقاضِ الوضوءِ بمَسِّـها وجوازِ النَّظرِ

---

(١) في (هـ): «فإنها محرمة».
(٢) في (هـ): «بالنسبة للجمع».
(٣) في (ج): «ولدتك».
(٤) في (ك)، (هـ): «أكذب».

إليها والخلْوةِ بها أو لا؟ إذ لا يلزَمُ مِن ثبوتِ الحُرمةِ المَحرميَّةُ كما في المُلاعنةِ وأمِّ الموطوءةِ بشُبهةٍ وبنْتِها.

والأقـرَبُ عندِي عـدمُ ثبوتِ المَحرميَّـةِ. انتهى. ولا يخْفَى أنَّـه لا يتَّجِهُ إلَّا عدمُ النَّقضِ بمسِّه، إذ لا نقْضَ مع الشَّكِّ، والاحتمالُ قائمٌ قطعًا.

وأما جوازُ النَّظرِ والخَلْوةِ فينبَغِي أن يُناطَ الأمرُ فيهما بظنِّه، فإن لم يظُنَّ شيئًا فهو محلُّ التَّأمُّلِ.

وخرَجَ بالنَّسـبِ: المَخلوقةُ مِن ماءِ زِناهُ، فلا تحْرُمُ عليه، نعَمْ تُكرَهُ خُروجًا مِـن خـلافِ مَن حرَّمَها، بخـلافِ مَن ولدَتْه مِـن الزِّنا تحْرُمُ عليـه، والفرْقُ أنَّه كعضْوٍ منها وانفصَلَ منها إنسانًا.

وكالمخلوقةِ مِن زِناه المرتضعةُ بلبنِ زِناهُ.

(٣) (**وَالأُخْتُ**) وهي مَن ولَدَها أبواكَ أو أحدُهما.

(٤) (**وَالخَالَةُ**) وهي أخْتُ أُنثى ولدَتْكَ بواسطةٍ أو بغيرِها.

(٥) (**وَالعَمَّةُ**) وهي أخْتُ ذكرٍ ولدَكَ بواسطةٍ أو بغيرِها.

(٦) (**وَبِنْتُ الأَخِ**)،

(٧) (**وَبِنْتُ الأُخْتِ**) بواسطةٍ أو بغيرِها فيهما.

ولـو نكَـحَ مجهولةَ النَّسـبِ فاسـتلحَقَها أَبُوه ثبَتَ نسَـبُها، لكن لا ينفسِـخُ النِّـكاحُ؛ أي: إن لـم يُصدِّقْـه الزَّوجُ، حَـكَاه المُزنِيُّ ثُـمَّ قال: وفيـه وقفةٌ. قال القاضي: وليس لنا مَن يطَأُ أختَه في الإسلامِ إلَّا هذا. قال شيخُ مشايخِنا: وقِيسَ به ما لو تزوَّجَت مجهولَ النَّسبِ فاستلحَقَه أَبُوها ثبَتَ نسَبُه، ولا ينفسِخُ النِّكاحُ إن لم يُصدِّقْه الزَّوجُ. انتهَى.

قيلَ: وفيه نظرٌ؛ لأنَّ الزَّوجَ إن كان بالغًا عاقلًا لم يثبُتْ نسَبُه قبلَ تصديقِه، فلا يكونُ ممَّا نحنُ فيه، أو صغيرًا أو مجنونًا ثبَتَ نسَبُه مِن غيرِ اعتبارِ تصديقٍ ولا تكذيبٍ منه، ولو بعدَ كمالِه فلينفسِخِ[1] النِّكاحُ مِن حينِ الاستلحاقِ، وإنَّما اعتبَرْنا تصديقَه في الأُولى؛ لأنَّ المُستلحِقَ غيرُه فاعتُبِرَ لبُطلانِ حقِّه موافقتُه عليه. انتَهى.

ويُمكِنُ أن يُجابَ بأنَّ عدمَ اعتبارِ التَّصديقِ في ثبوتِ النَّسبِ لا يُنافِي اعتبارَه بعدَ الكمالِ في انفساخِ النِّكاحِ؛ لأنَّه ثبَتَ النِّكاحُ أوَّلًا وتعلَّقَ حقُّه به، فلا يسقُطُ إلَّا بمُوافقتِه، فلا فرْقَ بين المَسألتيْنِ في تقدُّمِ ثبوتِ النِّكاحِ وتعلُّقِ الحقِّ به، فكما لم يبطُلْ في الأُولى بدونِ موافقتِه، فكذا في الثَّانيةِ، ومُجرَّدِ كونِ المُستلحِقِ غيْرَه في الأُولى وإيَّاه في الثَّانيةِ لا أثَرَ له.

(**وَاثْنَتَانِ**) منهُنَّ مُحرَّمتانِ (**بِالرَّضَاعِ**) أي: بسببِ حُصولِ الرَّضاعِ بينَهما وبينَ الزَّوجِ (**وَهُمَا**:

(١) (**الأُمُّ المُرْضِعَةُ**) وهي مَن أرضعَتْكَ، أو أرضَعَتْ مَن أرضَعَتْكَ، أو أرضَعَتْ مَن ولَدَكَ بواسطةٍ أو بغيرِها أو أرضَعَتْه.

(٢) (**وَالأُخْتُ مِنَ الرَّضَاعِ**) وهي مَنِ ارتضَعَتْ بلبَنِ أحَدِ أبويْكَ مِن نَسبٍ أو رَضاعٍ، ومولودةُ أحدِ أبويْكَ مِن الرَّضاعِ.

(**وَأَرْبَعٌ**) منهُنَّ يَحرُمْنَ (**بِالمُصَاهَرَةِ**) أي: بسببِ حُصولِ المُصاهرةِ بينَهُنَّ وبينَ الزَّوجِ (**وَهُنَّ**:

(١) (**أُمُّ الزَّوْجَةِ**) وإن عَلَتْ مِن نسبٍ وكذا مِن رضاعٍ وإن لم يدخُلْ بالزَّوجةِ.

---

(١) في (ج): «فينفسخ».

(٢) (**وَالرَّبِيبَةُ**) وهي بنتُ زوجتِه مِن نسبٍ وكذا مِن رَضاعٍ وإن سفُلَتْ (**إِذَا دَخَلَ بِالأُمِّ**) في الحياةِ بأنْ وطِئَها في الفَرْجِ ولو في الدُّبُرِ، بخلافِ ما إذا لم يدخُلْ بها كذلكَ، وإن وُجِدَتْ مُقدِّماتُ الدُّخولِ بشَهوةٍ فلا تحْرُمُ بنْتُها، إلَّا أن تكونَ منفيَّةً بلعانٍ كما تقدَّمَ.

(٣) (**وَزَوْجَةُ الأَبِ**) وإن عَلَا مِن جهةِ الأبِ أو الأمِّ مِن نَسبٍ وكذا رَضاعٍ وإن لم يدخُلْ بها.

(٤) (**وَزَوْجَةُ الِابْنِ**) وإن سفُلَ مِن نَسبٍ وكذا رَضاعٍ.

وكالزَّوجيَّةِ فيما ذكَرَه في هذه الأربعِ: الوَطءُ في الحياةِ بملْكٍ ولو لمَحرمٍ له كأختِه، أو بشُبهةٍ وإن حرُمَ على الواطئِ بالشُّبهةِ نظَرُ أمِّ الموطوءةِ وبنْتِها والخلْوةُ والمُسافرةُ بهما، والمُعتبَرُ في التَّحريمِ كالنَّسبِ والعدَّةِ بشبهةِ الواطئِ وفي المَهرِ شبهةُ الموطوءةِ.

وقضيَّةُ ما أفْتَى به شيخُ مشايخِنا فيما لو أُكْرِهَ على الزِّنا مِن أنَّ الولَدَ يلحَقُه، سواءٌ أُكرِهَتِ الموطوءةُ أيضًا أم لا؛ لأنَّه لمَّا جُعِلَ الإكراهُ عُذرًا في إسقاطِ الحدِّ عنه صارَ ماؤُه مُحترَمًا كما ذكَرَه المُتولِّي، قال: وما نقَلَه عنه بعضُ شُرَّاحِ «المنهاجِ» مِن أنَّه لا يلحَقُه سهوٌ، فإنَّ كلامَ «الوسيطِ» إنما هو فيما إذا أُكْرِهَتِ المَوطوءةُ لا الواطئُ. انتَهَى ثبوتُ المُصاهرةِ بوطءِ المُكرهِ، لكن أفْتَى شيخُنا الرَّمليُّ بعدمِ اللُّحوقِ؛ لعدمِ احترامِ هذا الوطءِ، بدليلِ إثْمِه عليه؛ لأنَّ الإكراهَ لا يبيحُه، وقضيَّتُه عدمُ الثُّبوتِ فليُتأمَّلْ.

وكالوَطءِ فيما ذُكِرَ استدخالُ الماءِ، فقد ذكَرَ في «الرَّوضةِ» و«أصْلِها» أنَّه يثبِتُ المُصاهرةَ والنَّسبَ والعدَّةَ دونَ الإحصانِ والتَّحليلِ، وتقريرُ المَهرِ

ووجوبُه للمُفوّضةِ وثبوتُ الرَّجعةِ والغسلِ والمَهرِ في صورةِ الشُّبهةِ باستدخالِ ماءِ الزَّوجِ أو السَّيِّدِ الأجنبيِّ بشبهةٍ، بخلافِ ماءِ زنا الزَّوجِ أو السَّيِّدِ لا يثبُتُ به شيءٌ مِن ذلكَ، نعَمْ ما ذكَرَاه مِن عدمِ ثبوتِ الرَّجعةِ مخالفٌ لِما جزَمَا به بعدُ مِن ثُبوتِها، وعليه اقتصَرَ في «الشَّرحِ الصَّغيرِ».

قال في «المُهمَّاتِ»[1]: وهو الأصحُّ. قال: ونقَلَ المَاوَرْدِيُّ عن بعضِ الأصحابِ أنَّه يُشترَطُ في التَّحريمِ باستدخالِ ماءِ الزَّوجِ وجودُ الزَّوجيَّةِ حالَ الإنزالِ والاستدخالِ.

قال شيخُ مشايخِنا[2]: ومُقتضاه أنَّه يُشترَطُ في ماءِ الأجنبيِّ قيامُ الشُّبهةِ في الحاليْنِ، والمُرادُ مِن ذلكَ أن يكونَ الماءُ مُحترَمًا فيهما. انتَهى. لكن قال شيخُنا الرَّمليُّ: المُعتبَرُ اعتبارُ الاحترامِ حالَ الإنزالِ فقَطْ. انتَهى.

ويُوافِقُه قولُ ابنِ العِمادِ في منظومتِه:

وَإِنْ تَسَاحَقَ بَعْدَ وَطْءِ زَوْجَتِه ... وَأَحْبَلَتْ مِنْ مَائِهِ فَهْيَ ابْنَتُهْ

وقد يُؤيِّدُه ما تقدَّمَ في وَطءِ الشُّبهةِ مِن اعتبارِ شبهةِ الواطئِ فقَطْ.

ومنه ما في «فتاوي البَغويِّ»: لوِ استدخَلَتِ امرأةٌ ذكَرَ أجنبيٍّ وهو نائمٌ فأتَتْ بولدٍ فهو نسيبٌ؛ لأنه مَنيٌّ مُحترَمٌ. انتهى. وإنْ أمكَنَ الفرْقُ فليُتأمَّلْ.

وحيثُ لا وَطءَ ولا استدخالَ على ما تقرَّرَ فيُعتبَرُ فيما عدا الثَّانيةِ أن يكونَ عقدُ النِّكاحِ صحيحًا، فعُلِمَ أنَّ الأمَّ تحرُمُ بمُجرَّدِ العَقدِ على البنتِ بخلافِ البنتِ، والفرْقُ أنَّ الرَّجلَ يُبتَلَى عادةً بمُكالمةِ أمِّها عقِبَ العَقدِ لتَرتيبِ أمورِه فحَرُمَتْ بالعقدِ ليسهُلَ ذلكَ، بخلافِ بنْتِها.

---

(١) «المهمات» (٧/ ١٠٠).

(٢) «أسنى المطالب» (٣/ ١٥٠).

(وَوَاحِدَةٌ) تحْرُمُ (مِنْ جِهَةِ الجَمْعِ) أي: يحْرُمُ جمْعُها مع غيْرِها في عقدٍ واحدٍ أو أكثَرَ، ولا تحْرُمُ حالةَ انفرادِها عنه (وَهِيَ: أُخْتُ الزَّوْجَةِ) لأبٍ أو لأمٍّ مِن نَسبٍ وكذا رَضاعٍ، فيحْرُمُ جمْعُها في عقدٍ أو عقديْنِ، ولا تحْرُمُ على انفرادِها، فإنْ جمَعَها معَها في عقدٍ واحدٍ بطَلَ فيهما، أو في عقديْنِ فإن عُرِفَتِ السَّابقةُ ولم تُنْسَ فالثَّاني باطِلٌ، وإن نُسِيَتْ وجَبَ التَّوقُّفُ إلى التَّبيُّنِ، وإن وقَعَا معًا أو جُهِلَ السَّبقُ والمَعيَّةُ، أو عُرِفَ السَّبقُ ولم تتعيَّنِ السَّابقةُ ولم تُرْجَ معرفتُها فهما باطلانِ، فإن طَلُقَتِ الزَّوجةُ وانقضَتْ عدَّتُها حلَّتْ أخْتُها، وكذا إن لم تنقَضِ عدَّتُها إن كان الطَّلاقُ بائنًا، وأفهَمَ قوْلُه: «مِن جهةِ الجمعِ» ثبوتُ التَّحريمِ فيما تقدَّمَ على التَّأبيدِ مُطلقًا، وهو كذلكَ.

(وَلَا يُجْمَعُ) أي: لا يجوزُ، ولا يصِحُّ أن يجمَعَ في النِّكاحِ ولو بغيرِ وَطءٍ بينَ امرأتيْنِ بينَهما نَسبٌ أو رَضاعٌ لو فُرِضَتْ إحداهُما ذكرًا حرُمَ تناكحُهما صغيرتيْنِ كانَتَا أو كبيرتيْنِ أو مختلفتيْنِ، وهذا يشمَلُ الأُختيْنِ أيضًا فلا يُجمَعُ (بَيْنَ المَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا، وَلَا) بينَ المَرأةِ و (خَالَتِهَا)، فإن جمَعَ بينَهما بعَقدٍ واحدٍ بطَلَ فيهما، أو بعَقديْنِ فكما مرَّ في الأختيْنِ.

وخرَجَ بالنَّسبِ والرَّضاعِ المَرأةُ وأمَتُها، والمَرأةُ وأمُّ زوجِها، والمَرأةُ وبنتُ زوْجِها مِن أُخرى، فيجوزُ الجمْعُ بينَهما وإن حَرُمَ تناكحُهما بفَرضِ إحداهما ذكرًا في الأُولى وفَرضِ أمِّ الزَّوجِ ذكرًا في الثَّانيةِ وفَرضِ بنتِه ذكرًا في الثَّالثةِ وإن لم يحْرُمِ النِّكاحُ[1] بفَرضِ العكسِ فيهما.

كما يجوزُ الجمْعُ بينَ بنتِ الرَّجلِ وربيبتِه، وأختِ الرَّجلِ مِن أمِّه وأختِه مِن

(١) في (هـ): «التناكح».

أبيـه، والمَرأةِ ورَبيبـةِ زوْجِها مِن زوجةٍ أُخرى، أو بنـتِ خالِها[1] أو عمَّتِها كما عُلِمَ مِن الضَّابطِ المَذكورِ.

وخـرَجَ بتقييـدِ تحريـمِ الجَمْعِ فيمـا ذُكِرَ مِـن الأختيْـنِ وغيرِهمـا بالنِّكاحِ كمـا أفادَه سـياقُه: ما لو جمَعَ بينَهمـا بملْكِ إحداهما ونـكاحِ الأُخرى معًا، أو مرتَّبًـا فيجـوزُ، لكن إنما تحِـلُّ المَنكوحةُ دونَ المَملوكـةِ وإن كانت موطوءةً؛ لأن الإباحـةَ بالنِّكاحِ أقْوَى منها بالملْكِ وما لو جمَـعَ بينَهما بملْكِهما جميعًا، لكـن لـو وطِئَ إحداهما ولـو في دُبُرِها حرُمَـتِ الأُخرى إلـى أن تحرمَ الأولى بنحْوِ إزالةِ ملْكٍ عنها، أو عن بعْضِها بنحْوِ بيعِ بتٍّ أو بشـرطِ الخيارِ للمُشـتري وحـدَه، أو هبةٍ مع قبضٍ بإذنٍ أو بنكاحٍ أو كتابةٍ، لا بنحْوِ حيضٍ وإحرامٍ ورهنٍ وردَّةٍ، فلو عادَتِ الأولى بنحْوِ ردٍّ بعيبٍ قبلَ وطءِ الأُخرى فله وطءُ أيَّتِهما شاءَ بشـرطِ اسـتبراءِ العائدةِ، أو بعدَ وطْئِها حرُمَتِ العائدةُ إلـى أن يحرِّمَ الأُخرى، ولـو وطِئَ الثَّانيـةَ قبلَ تحريمِ الأُولى لم تحِلَّ ولم تحْـرُمِ الأُولى، إذِ الحرامُ لا يحرِّمُ الحلالَ.

نعَـمْ لو كانت أُمًّـا وبنتَها فوطِئَ إحداهما حرُمَتِ الأُخـرى أبدًا، أو وطِئَهما ولـو عالمًا حرُمَتا معًا، أو كانت إحداهما نحْوَ مجوسـيَّةٍ أو محرمٍ ممَّنْ لا تُباحُ على انفرادِها لم يُؤثِّرْ وطْؤُها في حلِّ الأُخرى؛ لأنَّ الموطوءةَ محرمةٌ.

واستشْـكَلَه شـيخُنا الشِّـهابُ البُرُلُّسِـيُّ بما لو طرَأَ تحريمٌ مؤبَّدٌ على نكاحٍ بنـوطءِ زوجةِ ابنِه بشـبهةٍ، فإنَّه ينقطِعُ النِّكاحُ، سـواءٌ كانَـتِ الموطوءةُ محرمًا للواطئِ قبلَ العقْدِ عليها كبنتِ أخيه أم لا، كما اعتمدَه شيخُ مشايخِنا. قال: ولا يُغترُّ بما نُقِلَ عن بعضِهم مِن تقييدِ ذلكَ بالشِّقِّ الثَّاني. انتَهى.

---

(١) في (هـ): «خالتها».

ثُمَّ أجابَ شيخُنا بأنَّ وطءَ الأبِ زوجةَ ابنِه أقْوَى مِن وطءِ السَّيِّدِ للأمةِ؛ لأنَّ أثَرَ الأوَّلِ التَّأبيدُ المُحرِّمُ، وأثَرُ الثَّاني حرمةٌ مؤقتةٌ، ألا تَرَى أنَّ الرَّقيقةَ الموطوءةَ للوَلدِ إذا وطِئَها أبُوهُ حرُمَتْ على الوَلدِ، وبأنَّ زوجةَ الولدِ محرمةٌ على الأبِ أبدًا، ومعَ ذلكَ لو وطِئَها الأبُ بشبهةٍ انقطَعَ نكاحُ الولدِ، ففرضُ كونِها في هذه الصُّورةِ محرمًا للأبِ كبنتِ أخيه مثلًا لا أثَرَ له؛ لأنَّ غايتَه تحريمُها المُؤبَّدُ على الأبِ، وذلكَ حاصِلٌ بزوجيَّةِ الوَلدِ، وإن لم تكُنْ بنتَ أخي والدِه. انتَهى.

ولو كانت إحداهُما خُنثى فوطِئَه أولًا جازَ له وطءُ الثَّانيةِ لعدمِ تحقُّقِ أنوثةِ الأولى، نقَلَه الزَّرْكشِيُّ عن أبي الفتوحِ.

قال شيخُنا المذكورُ: فلو بانَتْ أُنثى فيُحتمَلُ أنَّها الحلالُ وتحرُمُ الثَّانيةُ، ويُحتمَلُ أن يحْرُما معًا لتخلُّفِ التَّعليلِ السَّابقِ، يعْنِي أنَّ الحرامَ لا يمنَعُ الحلالَ. انتَهى. ولعلَّ الأوَّلَ أظهَرُ.

(**وَيَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ**) هذا أعمُّ ممَّا تقدَّمَ، فيحْرُمُ منه البنتُ وإن سفُلَتْ، والخالةُ والعمَّةُ وبنتُ الأخِ وبنتُ الأختِ، فالمُرتضعةُ بلبَنِكَ أو لبنِ فرْعِكَ نَسبًا أو رَضاعًا، وبنتُها كذلكَ وإن سفُلَتْ بنتُ رضاعٍ، وبنتُ ولدِ المُرضعةِ أو الفَحلِ نَسبًا أو رَضاعًا وإن سفُلَتْ وإن أرضَعَتها أختُكَ، أوِ ارتضَعَتْ بلبنِ أخيكَ وبنتُها نسبًا أو رضاعًا وإن سفُلَتْ بنتُ أخي أو أختُ رضاعٍ وأختُ الفَحلِ أو أبيه أو أبي المُرضعةِ بواسطةٍ أو بغيرِها نَسبًا أو رَضاعًا عمَّةُ رَضاعٍ وأختُ المُرضعةِ أو أمُّها وأمُّ الفَحلِ بواسطةٍ أو غيرِها نَسبًا أو رضاعًا خالةُ رضاعٍ.

واستَثْنَى جمعٌ: أمَّ الأخِ، وأمَّ الأختِ، وأمَّ ولدِ الولدِ وإن سفُلَ، وأختَ الولدِ وإن سفُلَ، وجدَّتَه وإن عَلَتْ، وأمَّ العَمِّ وأمَّ العَمَّةِ وأمَّ الخالِ وأمَّ الخالةِ وأخَ الابنِ، فهذه الصُّورِ تحْرُمُ مِن النَّسبِ ولا تحْرُمُ مِن الرَّضاعِ.

وصـورةُ الأخيرةِ: امرأةٌ لها ابنٌ ارتضَعَ علـى أجنبيَّةٍ لها ابنٌ فابنُ الثَّانيةِ أخو ابنِ الأولى، ولا يحْرُمُ عليه نكاحُها، وقال المُحققِّونَ: لا حاجةَ لاستثناءِ هذه الصُّورِ لعدَمِ دخولِها في الضَّابطِ؛ لأنَّهُنَّ إنَّما حرُمْنَ في النَّسبِ لمَعنًى لم يُوجَدْ فيهِنَّ في الرَّضاع، ألا تَرَى أنَّه إنَّما حرُمَتْ في النَّسبِ أمُّ الأخِ أو الأختِ لأنَّها أمٌّ، أو موطوءةُ أبٍ وأمُّ ولدِ الولدِ لأنَّها بنتٌ، أو موطوءةُ ابنٍ وطئًا محترمًا وجدَّةُ الولدِ لأنَّها أمٌّ، أو أمُّ زوجةٍ أو موطوءةُ أبٍ وطئًا محترمًا، وأختُ الولدِ لأنَّها بنتٌ، أو بنتُ موطوءةٍ وطئًا محترمًا، وأخُ الابنِ لأنه ابنٌ، أو ابنُ ابنِ واطئٍ وطئًا محترَمًا[1]، وهذه المعاني غيرُ موجودةٍ في الرَّضاعِ. قالوا: ولهذا لم يستَثْنِها الشَّافعيُّ ولا جمهورُ الأصحابِ، ولا استُثنِيَتْ في الحديثِ الصَّحيحِ.

ولا تحْرُمُ عليكَ أختُ أخيكَ مِن نسبٍ، سواءٌ كانت أخت أخيك لأبيكَ لأمِّه كأنْ كان لزيدٍ أخٌ لأبٍ وأختٌ لأمٍّ فلأخيه نكاحُها، أو كانت أختُ أخيكَ لأمِّكَ لأبيه، كأن يكونَ لأبي أخيكَ بنتٌ مِن غيرِ أمِّكَ، فلَكَ نكاحها، أو مِن رضاعٍ، سواءٌ كانت أختُ أخيكَ لأبيكَ لأمِّه، كأن ترضِعَ امرأةٌ زيدًا وصغيرةً أجنبيَّةً منه، فلأخيه لأبيه نكاحُها، أو كانت أختُ أخيكَ لأمِّك لأبيه، كأن ترضِعَ صغيرةً بلبنِ أبي أخيكَ لأمِّكَ فلَكَ نكاحُها.

(وَتُرَدُّ المَرْأَةُ بِخَمْسَةِ عُيُوبٍ) أي: يجوزُ للزَّوجِ أن يردَّها بأنْ يفسَخَ نكاحَها بسببِ وجودِ واحدٍ مِن هذه الخمسةِ بها وإن قلَّ وكان به مثْلُ ما بها أو أقلَّ أو أكثَرَ، سواءٌ كان موجودًا قبلَ العقدِ أو حدَثَ بعدَه قبلَ الدُّخولِ أو بعدَه، ومعلومٌ أنَّه لا يمكِنُ الرَّدُّ إذا اتَّفَقَا في الجنونِ إلَّا إذا تقطَّعَ فيُمكِنُ الرَّدُّ في زمنِ الإفاقةِ كما قاله ابنُ الرِّفْعَةِ.

---

(١) في (ج): «محرمًا».

(۱) (**بِالجُنُونِ**) مُطبقًا كان أو مُنقطعًا، وهو مرضٌ يُزِيلُ الشُّعورَ من القلْبِ مع بقاءِ القوَّةِ والحَركةِ في الأعضاءِ، نَعَم استَثْنَى المُتولِّي مِن المُتقطِّعِ الخَفيفَ، وهو ما يطرَأُ في بعضِ الأزمانِ. قال الإمامُ: ولم يتعرَّضُوا لاستحكامِ الجُنونِ، ولـم يُراجِعُـوا الأطبَّـاءَ في إمكانِ زوالِـه، ولو قيلَ به لـكانَ قريبًا نظيـرَ البَرَصِ والجُذامِ.

قال الزَّرْكشِيُّ: ولعلَّ الفرْقَ أنَّ الجُنونَ يُفْضِي إلى الجِنايةِ على الزَّوجِ.

واحتُـرزَ بالجنونِ عـنِ الإغماءِ بالمَـرضِ، فلا تُردُّ بـه، لكِنْ قيَّـدَه المُتولِّي كما نقَلَه الزَّرْكشِـيُّ بأن تحصُلَ منه الإفاقـةُ على ما هو الغالبُ، بخلافِ الدَّائمِ المأيـوسِ مِن زوالِه، فإنَّه كالجنـونِ، ولو زالَ المرضُ وبقِيَ الإغماءُ بعدَ زوالِه فهو كالجُنونِ.

(۲) (**وَالجُذَامِ**) وهو علَّةٌ يَحمَرُّ منها العُضْوُ ثم يَسوَدُّ ثم يتقطَّعُ ويتناثَرُ.

(۳) (**وَالبَرَصِ**) وهو بياضٌ شديدٌ مبقعٌ.

وقضيَّـةُ إطلاقِه أنَّه لا فـرْقَ في كلٍّ مِن هذيْـنِ بينَ المُسـتحكِمِ وغيرِه، لكن حَكَى الإمامُ عن شـيخِه أنَّ أوائلَ الجُـذامِ والبَرَصِ لا يُثبِتُ الخيارَ، وإنَّما يثبتُه المُسـتحكِمُ، وأقرَّه الشَّـيخانِ ومَشَـى عليه ابنُ الرِّفْعَةِ، وجزَمَ به في «الأنوارِ»، وحَكَى الإمامُ عن شـيخِه أيضًا أنَّ استحكامَ الجُذامِ بالتَّقطُّعِ، وتردَّدَ فيه وقال: يجوزُ أن يُكتفَى باسوداد العُضوِ وحكمِ أهلِ البصائرِ باستحكامِ العلَّةِ. انتَهى.

وأمَّا اسـتحكامُ البَـرصِ فبوُصولِه إلى العَظْـمِ، بحيثُ لو فُـرِكَ العظْمُ فركًا شديدًا لم يحمَرَّ.

(٤) (**وَالرَّتَقِ**) بفتحتَيْنِ، وهو انسدادُ محلِّ الجِماعِ منها بلحمٍ.

(٥) (والقَـرَنِ) بفتحتَيْنِ، ويجوزُ إسـكانُ الرَّاءِ أيضًا، وهو انسـدادُه بعظمٍ، ويخـرُجُ البولُ مِن ثُقبـةٍ ضيِّقةٍ فيه، فإن زالَ المانعُ ولو بفعْـلِ غيْرِها فلا ردَّ له؛ لزوالِ مُقتضِيه، ولا تُجبرُ المَرأةُ على ذلكَ؛ لأنَّها تتضرَّرُ به.

(وَيُرَدُّ الرَّجُلُ) أي: يجوزُ للمَرأةِ أو وليِّها على ما سـيأتِي ردُّه بفسـخِ نكاحِه **(أَيْضًا)** أي: كما تُرَدُّ المَرأةُ كما تقدَّمَ، ويجوزُ أن يتعلَّقَ بقولِه: **(بِخَمْسَةِ عُيُوبٍ)** أي: بسـببِ وُجـودِ واحدٍ منها فيـه، وإن وُجِدَ فيها أيضًا أو وُجِـدَتْ بعدَ العَقدِ والوَطءِ، إلَّا العُنَّةَ فلا رَدَّ بها إذا حدَثَتْ بعدَ الوَطءِ في ذلكَ النِّكاحِ.

واستُشْـكِلَ جوازُ ردِّهـا بعَيبِه المُقارِنِ للعَقدِ؛ لأنَّهـا إن علِمَتْ به فلا خيارَ، وإن لم تعَلَمْ فالتَّنقِّي مِن العُيوبِ شرطٌ لصحَّةِ النِّكاحِ.

وأجيبَ بتصويرِ المَسـألةِ بما إذا أذِنَتْ في معيَّـنٍ تجهَلُ عيْبَه، فيصِحُّ النِّكاحُ لإذْنِها فيه وإن علِمَ الوَليُّ، وتتخيَّرُ هي لجهْلِها بالعَيبِ.

(١-٣) **(بِالجُنُونِ، وَالجُذَامِ، وَالبَرَصِ)** وتقدَّمتِ الثَّلاثةُ.

(٤) **(وَالجَـبِّ)** أي: قَطْعِ ذَكَرِهِ بحيثُ لم يبْقَ منه قدْرُ الحشَـفةِ ولو بفعْلِها، فـإن بقِـيَ منه قدْرُها فـلا ردَّ إلَّا إن عجزَ عنِ الوَطءِ به فكالعُنَّـةِ، نعَمْ لو وجَدَتْه مَجبوبًـا لكنَّها رتْقاءُ، ففي «أصْلِ الرَّوضَـةِ»[1] عن جماعاتٍ ثبوتُ الرَّدِّ لفواتِ التَّمتُّـعِ المقصودِ مِـن النِّكاحِ، وعن البَغَـويِّ أنَّه حَكَى طريقًا آخَرَ أنَّه لا فسْـخَ قطعًا؛ لأنَّه وإن فسَخَ لا يصِلُ إلى الوطءِ.

(٥) **(وَالعُنَّـةِ)** أي: العَجْـزِ عـنِ الوَطءِ في القُبُلِ ولو بالنِّسـبةِ لهـا مُطلقًا، أو لكونِها بِكرًا دونَ غيرِها، وإن حصَلَ بمَرضٍ يدومُ وإن علِمَتْ بها قبلَ العَقْدِ أو

---

(١) «الشرح الكبير» (٨/ ١٣٦).

بعدَه وأسقَطَتْ حقَّهَا قبلَ ضَرْبِ المُدَّةِ الآتي بيانُه بشرطِ كونِ الزَّوجِ بالغًا عاقلًا، فإنْ كان صَبيًّا أو مَجنونًا فلا ردَّ لها بالعُنَّةِ؛ لأنَّ قوْلَها مُلغًى فلا يُمكِنُها دعْوَى العُنَّةِ التي غايتُها ضرْبُ المُدَّةِ والفَسْخُ، وذلكَ يعتمِدُ إقرارَ الزَّوجِ أو يمينَها بعدَ نكولِه، وقد يمتنِعُ عليها الرَّدُّ بالعُنَّةِ إذا كان الزَّوجُ بالغًا عاقلًا أيضًا، كما لو كانت أمَةً نكَحَها حُرٌّ بشرطِه، فلا تصِحُّ دعْوَاها العُنَّةَ لِلزومِ الدَّورِ؛ لأنَّ سَماعَ الدَّعوى يقتَضِي بُطلانَ خَوفِ العَنَتِ، وبُطلانُ خوفِ العَنتِ يقتَضِي بطلانَ النِّكاحِ، وبطلانُ النِّكاحِ يقتَضِي بُطلانَ سماعِ الدَّعْوى، ذكَرَ ذلكَ الجُرْجَانِيُّ.

قال شيخُ مشايخِنا[1]: وظاهرٌ أنَّ هذا إذا ادَّعَتْ عندَ مقارنةِ العَقْدِ، وإلَّا فتُسمَعُ دَعْواها لانتفاءِ الدَّورِ. انتَهَى.

قال ابنُ الرِّفْعَةِ: وما قالُوه مِن تَخييرِ البِكْرِ يدُلُّ على عدمِ جوازِ إزالةِ بكارتِها بإِصْبُعِه أو نحوِها، إذ لو جازَ ذلكَ لم يكُنْ عجْزُه عن إزالتِها مُثبتًا للخيارِ؛ أي: لقُدرتِه على الوَطءِ بعدَ إزالهِ البَكارةِ بذلكَ، ويُشترَطُ في الرَّدِّ بسائرِ العُيوبِ المَذكورةِ كونُ الرَّادِّ جاهلًا بالعَيبِ عندَ العَقْدِ، فلا ردَّ للعالِمِ حينئذٍ إلَّا العُنَّةَ كما تقدَّمَ، فإنِ اختلَفَا في العلْمِ به صُدِّقَ المُنكِرُ بيمينِه، أو في أنَّ هذا عيبٌ لم يثبُتْ إلَّا بشاهديْنِ خبيريْنِ بالطِّبِّ، وكونُ الرَّدِّ على الفَورِ كخيارِ العَيبِ في المَبيعِ ولا يُنافِيه ضرْبُ المُدَّةِ في العُنَّةِ؛ لأنَّها إنَّما تتحقَّقُ بعدَ المُدَّةِ.

قال الزَّرْكَشِيُّ: معنى كونِه على الفَورِ أنَّ المُطالبةَ والرَّفعَ إلى الحاكِمِ يكونُ على الفوْرِ، لا نفسَ الفَسخِ. انتَهَى.

وفيه نظرٌ، فإنْ أخَّرَه بلا عُذرٍ أو رضِيَ به فلا ردَّ له وإن زادَ؛ لأنَّ الرِّضى بالأوَّلِ رضًى بما يتولَّدُ منه، إلَّا إن زادَ بمَحَلٍّ آخَرَ أو حدَثَ عيبٌ آخَرُ فله الرَّدُّ

(١) «أسنى المطالب» (٣/ ١٨٢).

كمـا قاله في الأُولَى جماعـةٌ ونصَّ عليه في «الإملاءِ» وقيَّدَه المَاوَرْدِيُّ[(١)] بما إذا زادَ بمَحَـلٍّ آخَرَ أقبَـحَ منظرًا، كأنْ حدَثَ في الوجْهِ بعدَ رُؤيتِه في الفَخِذِ، وحَكَى فيمـا إذا كان مثْـلَ الأوَّلِ كما لو حدَثَ في إحدى اليديْـنِ بعدَ رُؤيتِه في الأُخرى وجهيْنِ. قال شيخُ مشايخِنا[(٢)]: وأقربُهما لكلامِ الجمهورِ أنَّه لا خيارَ. انتَهَى.

واستُشكِلَ عدمُ اعتبارِ الزِّيادةِ هنا باعتبارِها فيما لو زادَ فسقُ مَن شرَطَ وضْعَ الرَّهنِ عندَه، فإنَّ لكلٍّ مِن الرَّاهنِ والمُرتهنِ إزالةُ يدِه عنه.

وأُجيـبَ بأنَّ الرَّهـنَ أمانةٌ فاحتِيطَ لهـا صيانةً للحُقوقِ، بخـلافِ ما لو أخَّرَ بعُـذرٍ فـلا يسـقُطُ ردُّه، كأنْ كان صَبيًّا أو مجنونًـا فيُؤخَّرُ إلى كمالِـه، ولو أخَّرَ الـرَّدَّ ثُمَّ ادَّعَـى الجَهْلَ بثبوتِه أو بفَوريَّتِه وأمكَنَ صُدِّقَ بيمينِه، ولو فُسِـخَ بعَيبٍ ثُـمَّ بانَ ألَّا عَيبَ بطَلَ فسْـخُه، وأنْ يكونَ بحضرَةِ الحاكـمِ بعدَ ثبوتِه عندَه، فلو تراضَيَا بالفسْخِ مِن غيرِ حُضورِه لم يصِحَّ، كما جزَمَ به في «المحرَّرِ»، وإن جزَمَ الصَّيْمَرِيُّ بالصِّحَّةِ وعُزِيَ إلى قضيَّةِ كلامِ الإمامِ[(٣)].

وتثبُتُ العُنَّةُ بإقرارِه عندَ الحاكمِ أو عندَ شـاهديْنِ، ويشْـهَدَا به عندَ الحاكمِ أو بيمينِهـا بعدَ نُكولِـه عنِ اليَمينِ لإمكانِ اطِّلاعِها عليهـا بالقَرائنِ، بخلافِ ما إذا حلَفَ أنَّه لا عُنَّةَ به فتسـقُطُ دَعْواها ولا يُطالَبُ بتحقيقِ ما قاله بالوَطءِ؛ لأنَّه حقُّهُ وإن كان لها مصلحَةٌ فيه كاسـتقرارِ المَهرِ به والأمنِ مِن تشطيرِه بالطَّلاقِ، ولا يُمكِنُ ثبوتُها بالبيِّنةِ لعَدمِ إمكانِ اطِّلاعِ الشُّـهودِ عليها، فإذا ثبَتَتْ ضَرَبَ له الحاكمُ سـنَةً بطلَبِها لا بغيرِه، وابتداؤُهَا مِن ضَرْبِ القاضي لا مِن وقْتِ إقرارِهِ أو حلِفِهـا، فلو سـكَتَتْ لجَهلٍ أو دَهشـةٍ فلا بـأسَ بتنبيهِها، ويكْفِـي في طلَبِها

(١) «الحاوي الكبير» (٩/ ٣٤٣).

(٢) «أسنى المطالب» (٣/ ١٧٨).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ١٧٧).

قولُها: «أنا طالبَةٌ حقِّي على موجبِ الشَّرعِ» وإن جهِلَتِ الحُكمَ على التَّفصيلِ، فإذا مَضَتْ السَّنةُ ولم يطَأْها فيها أو بعدَها فلها الفَسْخُ بعدَ رفْعِه فَورًا[1] على المُعتمدِ إلى الحاكِمِ.

وقولُه: ثبتَتْ عُنَّتُه أو حقَّ الفسْخُ فاخْتارِي، قال السُّبكيُّ: وبعدَ قوْلِه حكمْتُ وهو مبنيٌّ على أنَّ الثُّبوتَ ليس بحكمٍ، وهو ما عليه الشَّيخانِ[2] على أنَّ غيْرَه نظر فيما قاله.

وبحَثَ[3] الأَذْرَعِيُّ[4] أنَّ قولَه: «فاخْتارِي» ليس بشرطٍ، بل المُرادُ به إعلامُها بدخولِ وقْتِ الفسخِ حتَّى لو بادَرَتْ وفسَخَتْ قبلَ ذكْرِه نفَذَ[5]، وإن كان سافَرَ في المدَّةِ أو حبسَ أو مرِضَ أو حاضَتْ كما صرَّحَ به الشَّيخانِ[6]، وإن توقَّفَ فيه الأَذْرعيُّ[7] إذا بلَغَ في كلِّ شهرٍ أكثرَه، والظَّاهرُ كما قال شيخُ مشايخِنا[8] أنَّ النِّفاسَ كالحَيضِ، أو رَضِيَتْ بالمقامِ معَه في أثناءِ السَّنةِ أو قبلَ ضرْبِها، فتُحسَبُ المُدَّةُ عليه في كلِّ ذلكَ، بخلافِ ما لو اعتزَلَتْه ولو بعُذرٍ؛ كحبسٍ، أو مرِضَتْ مرضًا يمنَعُ الوَطءَ جميعَ السَّنةِ لا يُحسَبُ عليه، فلا فسْخَ لها حينئذٍ، فلو وقَعَ ذلكَ لها في بعضِ السَّنةِ وزالَ قال الشَّيخانِ[9]: فالقياسُ استئنافُ سنةٍ أُخرى، أو يُنتظَرُ مُضيُّ ذلكَ الفصْلِ مِن السَّنةِ الأُخرى.

---

(١) كتب فوقه في (ع): «معتمد».

(٢) «الشرح الكبير» (٨/ ١٦٧)، و«روضة الطالبين» (٧/ ١٩٩).

(٣) كتب فوقه في (ع): «معتمد».

(٤) «قوت المحتاج» (٥/ ٤٩٢).

(٥) في (ج): «تعذر».

(٦) «الشرح الكبير» (٨/ ١٦٦)، و«روضة الطالبين» (٧/ ١٩٩).

(٧) «قوت المحتاج» (٥/ ٤٩٢).

(٨) «أسنى المطالب» (٣/ ١٨٣).

(٩) «الشرح الكبير» (٨/ ١٦٧)، و«روضة الطالبين» (٧/ ١٩٩).

قــال ابنُ الرِّفْعَةِ: وفيه نظرٌ؛ لاسـتلزامِه الاسـتئنافَ أيضًـا؛ لأنَّ ذلكَ الفصْلُ إنَّما يأتي مِن سَنةٍ أُخرى. قال: فلعلَّ المُرادَ أنَّه لا يمتنِعُ انعزالُها عنه في غيرِ ذلكَ الفصْلِ مِن قابلٍ، بخلافِ الاستئنافِ ولو رضِيَتْ بعدَ مُضيِّ السَّنةِ بالمقامِ معَه، أو قالت: أجَّلْتُه يومًا سـقَطَ حقُّها مِن الفسْـخِ ما لم يُجدِّدِ النِّكاحُ وتُضرَبُ مدَّةٌ أُخـرى، بخلافِ زوجةِ المُولِي والمُعسـرِ بالنَّفقةِ؛ لتجدُّدِ الضَّـررِ لبقاءِ اليمينِ وقصْدِ المضارَّةِ وتجدُّدِ النَّفقةِ كلَّ يومٍ.

والعُنَّةُ عيبٌ واحدٌ لا يُتوقَّعُ زوالُها غالبًا، وبخلافِ ما لو سـكَتَتْ عن طلَبِ الفسْـخِ على ما قالـه المَاوَرْدِيُّ[1]، لكـن ينبَغِي -كما قال بعضُهـم- أنْ يكونَ مفرَّعًا على عدمِ اشـتراطِ الفَورِ، أو محمولًا علـى ما إذا كان لها عذْرٌ يمنَع مِن الرَّفعِ؛ لأنَّ السُّـكوتَ كالرِّضى كما ذكَرُوه في عيبِ المَبيعِ، فإنِ ادَّعى الوطءَ في السَّنةِ أو بعدَها وأنكَرَتْ، صُدِّقَ بيمينِه إن كانت ثيِّبًا، ولا يُطالَبُ بالوطءِ.

فإن نكَلَ حلَفَتْ أنَّه ما أصابَها، وفسَـخَتْ كما لو أقرَّ بذلكَ، ولو طلَّقَها بعدَ حلِفِـه على الـوَطءِ ثُمَّ أرادَ ارتجاعَهـا لدَعْواه الوطءَ فهـي المُصدَّقَةُ بيمينِها في إنكارِهـا الوطْءَ لدفْعِ ارتجاعِها، وإن كان هو المُصـدَّقُ لدفْعِ العُنَّةِ، فإن كانت بِكـرًا بأنْ شـهِدَ أربعُ نِسـوةٍ ببكارَتِها صُدِّقَـتْ أي: بيمينِها كما يَميـلُ إليه كلامُ «أصْلِ الرَّوضَةِ»[2] ورجَّحَه في «الشَّرحِ الصَّغيرِ» ونقَلَه الأَذْرَعيُّ وغيرُه عن نصِّ «الأمِّ»، وقال الإسْنَوِيُّ[3]: إنَّه الرَّاجحُ لاحتمالِ عوْدِ البَكارةِ لعدمِ المُبالغةِ.

وعليـه قـال ابنُ الرِّفْعَـةِ: ظاهرُ النَّـصِّ أنَّها لا تحلِـفُ إلَّا أن يطلُـبَ الزَّوجُ يمينَها. قال: وهو الأشبَهُ؛ لأنَّ الخصْمَ متمكِّنٌ مِن الدَّعْوى فلا معنى للاحتياطِ

---

(١) «الحاوي الكبير» (٩/ ٣٤٨).

(٢) «الشرح الكبير» (٨/ ١٦٩).

(٣) «المهمات» (٧/ ١٤٩).

له، وقيلَ: بلا يَمينٍ، وجزَمَ به في «الرَّوضِ»[١].

وعليـه فإنِ ادَّعى عوْدَها حلَفَتْ أنَّه لم يُصِبْها وأنَّ بكارَتَها هي الأَصليَّةُ ولها الفسْـخُ بعُنَّتِـه بعدَ يَمينِهـا، فإن لم يدَّعِ شـيئًا لم تحلِفْ، فلو نكَلَـتْ عنِ اليَمينِ حلَفَ ولا خيارَ لها، فلو نكَلَ هو أيضًا فُسِخَتْ بلا يمينٍ، وكان نكولُها كحلِفِها؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ بكارتَها هي الأصليَّةُ.

قال الزَّرْكَشِيُّ: وليس هذا مخالِفًا لقاعدةِ أنَّه لا يُقضَى بالنُّكولِ المُجرَّدِ، فذاكَ محلُّه إذا نكَلَ المُدَّعي وكان حلِفُه يُثْبِتُ له حقًّا، أمَّا لو كان حلِفُه يُسْقِطُ عنه حقًّا للمُدَّعـى عليـه، فإنَّا نُلزِمُه بمُجرَّدِ النُّكولِ لا لأنَّه قضـاءٌ بالنُّكولِ، بل مؤاخذةٌ له بإقرارِه بالعُنَّةِ وعدمِ ظُهورِ مُقتَضى الوَطءِ أي: وبالبيِّنةِ الشَّاهدةِ ببقاءِ بكارتِها[٢].

واعلـمْ أنَّ ردَّ الرَّجـلِ بالعُيـوبِ المذكورةِ كما يجـوزُ للمرأةِ يجـوزُ لوليِّها بالثَّلاثـةِ الأُولـى منهـا إن قارَنَـتْ وإن رَضِيَتِ المَـرأةُ؛ لأنَّه يُعبَّـرُ بذلك، ولأنَّ العَيبَ قد يتعدَّى إليها وإلى نسْلِها، وتَعبيرُهم بالوليِّ قد يتناولُ السَّيدَ[٣] وغيرَه، لكن صرَّحَ في «البسيطِ» بأنَّه لا خيارَ للسَّيِّدِ. قال الزَّرْكَشِيُّ: وفيه نظرٌ، بل ينبَغِي أن يتخيَّـرَ لدفْعِ الضَّـررِ عن ملْكِه لاحتمـالِ أن ترجِعَ إليه مَعيبةً؛ أي: بواسـطةِ العَدْوى التي جرَتْ بها العادةُ الإلهيَّةُ غالبًا عندَ مخالطةِ المُبْتلى، ذكَرَ ذلك شيخُ مشـايخِنا[٤]، ثُـمَّ قال: وقضيَّةُ كلامِهم أنَّـه لو تعدَّدَ مالكُ الأمَـةِ كان لكلٍّ منهم الخيارُ وإن لم يُتوصَّلْ إليه إلَّا بإبطالِ حقِّ غيرِه، وهو محتملٌ. انتَهى.

ولا يخْفَى أنَّ سـياقَ هذا التَّقريرِ مصرِّحٌ بتخصيصِ تخييرِ السَّـيِّدِ بالمُقارنِ، إلَّا أنَّ الاحتجـاجَ المذكورَ قد يُشـعِرُ بعدمِ التَّخصيـصِ فليُتأمَّلْ، بخلافِ ما إذا

---

(١) «روض الطالب» (ص ٤٩٦).
(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ١٨٤).
(٣) في (ع): «النسب».
(٤) «أسنى المطالب» (٣/ ١٧٧).

حدَثَـتْ بعـدَ العَقْدِ؛ لأنَّه لا يُعيَّـرُ بها حينئذٍ، وبخلافِ الأخيريْـنِ منها فلا ردَّ له بهمـا مُطلقًا، وأنَّه لا ردَّ بغيرِ ما تقدَّمَ مِن العُيوبِ السَّـبعةِ كما أفهَمَه كلامُه، نعَمْ عـدَّ الغَزَاليُّ مِن عُيوبِ المرأةِ ألَّا يُمكِـنَ وطْؤُها إلَّا بالإفضاءِ، وردَّه الرَّافعيُّ[1] بأنَّ المشهورَ مِن كلامِ الأصحابِ أنَّه لا فسْخَ بمثْلِ ذلكَ، ثُمَّ جمَعَ بينَهما بحمْلِ الأوَّلِ علـى ما إذا كانت يُفضيها كلُّ واطئٍ؛ لأنَّـه كالرَّتْقِ، وحمْلِ الثَّاني على ما إذا احتمَلَـتْ وطءَ نحيـفٍ مثلها، ويجرى مثـلُ ذلكَ في عَبَالـةِ الرَّجلِ كما قاله الإِسْنَوِيُّ، فيُفصلُ بينَ ألَّا يَطِيقَ آلتَه أحدٌ مِن النِّساءِ فلها الفسْخُ، وبينَ أن يطِيقَها بعضُ النِّساءِ فلا فسْخَ، ويُفارِقُ ما لو عنَّ عنها دونَ غيرِها حيثُ (لا فسْخَ لها)[2] كما تقدَّمَ بأنَّ المانعَ هناكَ مِن جهتِه وهنا مِن جهتِها؛ إذ لا عجْزَ فيه، فليُتأمَّلْ.

ونقَـلَ الشَّـيخانِ[3] عن أبي محمَّدٍ وأقـرَّاه ومُجَلِّيٌّ عـن محقِّقِي الأصحابِ وجزَمَ به ابنُ الرِّفْعَةِ أنَّ المَرضَ المُزمِنَ الذي لا يُتوقَّعُ زوالُه ولا يمكِنُ الجماعُ معَـه يثبُتُ بـه الخيارُ، ولو علِمَ العَيبَ بعدَ زوالِه أو بعـدَ المَوتِ فلا خيارَ، وأنَّه حيـثُ وقَعَ الفسْـخُ فإن كان قبـلَ الوَطءِ فلا مهْرَ، سـواءٌ قارَنَ العَيـبُ العَقْدَ أم حـدَثَ بعدَه، وإن كان بعـدَه فإن كان بعيبٍ حادثٍ بعدَه وجَبَ المُسـمَّى، وإن كان بمُقـارنٍ للعقـدِ أو بحادثٍ بينَ العَقْدِ والـوَطءِ أو بحادثٍ مع الوَطءِ وجَبَ مهْرُ المِثْلِ كما لو فسخَ مع الوَطءِ بمُقارنٍ للعَقدِ أو بحادثٍ بينَ العَقْدِ والوَطءِ، كذا قرَّرَه شيخُ مشايخِنا في «شرحِ منهجِه»[4] وهو لا يُنافِي كلامَهم.



---

(١) «الشرح الكبير» (٨/ ٢٤٨، ١٠ / ٤٠٨).

(٢) في (ع)، (ن): «لها الفسخ»

(٣) «الشرح الكبير» (٨/ ١٦١)، و«روضة الطالبين» (٧/ ١٩٥).

(٤) «فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب» (٢/ ٥٩).

(فَصْلٌ)
فِي الصَّدَاقِ

ويقالُ له المَهْرُ والطَّوْلُ وغيرُ ذلك.

(**وَيُسْتَحَبُّ تَسْمِيَةُ المَهْرِ**) وهو ما يقعُ التَّوافُقُ عليه، وسيأتي أنَّه ليس لأقلِّه ولا لأكثره حدٌّ مع ما يتعلَّقُ به أي: ذِكْرِه (**فِي النِّكَاحِ**) أي: العَقْدِ؛ للاتِّباعِ، ولا تجِبُ لآيةِ ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾[1]، وقد لا يُستحَبُّ، وذلكَ فيما إذا زوَّجَ أمَتَه بعبدِه إذ لا فائدةَ فيها.

وقد تجِبُ لعارضٍ كما لو كانت غيرَ جائزةِ التَّصرُّفِ، أو مِلكًا لغيرِ جائزةِ التَّصرُّفِ، أو أذِنَتْ لوَلِيِّها أن يُزوِّجَها ولم تُفوِّضْ، وحصَلَ الاتِّفاقُ على أكثَرِ مِن مَهرِ مثْلِ الزَّوجةِ في الصُّورِ الثَّلاثِ، أو كان الزَّوجُ غيرَ جائزِ التَّصرُّفِ، وحصَلَ الاتِّفاقُ على أقلِّ مِن مهرِ مِثْلِ الزَّوجةِ، وأفهَمَ كلامُه أنَّه لا اعتبارَ بالتَّوافُقِ قبلَ النِّكاحِ أو بعدَه في استحبابٍ أو التزامٍ، وهو كذلكَ حتَّى لو خالَفَ المُسمَّى فيه المُتَّفقَ عليه قبْلَه أو بعدَه كان هو المُعتبرَ.

(**فَإِنْ لَمْ يُسَمَّ**) المَهرُ بالبناءِ للمَفعولِ في النِّكاحِ بأنْ خَلَا عن ذكْرِ العِوضِ كُرِهَ ذلكَ، و(**صَحَّ النِّكَاحُ**) لِما تقدَّمَ، (**وَ**) حينئذٍ فإن لم يجْرِ تفويضٌ صحيحٌ بأنْ لم يجْرِ تفويضٌ مُطلقًا أو جَرَى تفويضٌ فاسدٌ (**وَجَبَ المَهْرُ**) أي: مهْرُ المثْلِ بالعَقْدِ، ومثْلُ ذلكَ ما لو فسَدَ المُسمَّى؛ كأنْ كان مَجهولًا لأحدِهما كـ «زوَّجْتُك بما شئْتَ»، وقد جُهِلَ عندَ الإيجابِ مشيئتُه، أو غيرَ مملوكٍ؛ كحُرٍّ ومغصوبٍ وخمرٍ ودمٍ، سواءٌ أوصفَه بوصْفِه أم بغيرِه، أم ترَكَ وصْفَه مُطلقًا، أو دونَ المأمورِ به مِن معتبَرةِ الإذْنِ، أو دُونَ مهْرِ مثْلِها حيثُ أطلَقَتِ الإذْنَ، أو لم

---

(١) سورة البقرة: ٢٣٦.

تكُنْ معتبَرتَه، أو شـرَطَ في المَهرِ خيارًا، وفي النِّكاحِ ما يخالِفُ مُقتضاه ولا يُخِلُّ بمَقصودِه الأَصليِّ كشَـرطِ ألَّا يتزوَّجَ عليها أو لا يُنفِقَ عليها أو لا يُسافِرَ بها أي: حيثُ وجَبَ السَّـفرُ بها كسَـفَرِ النَّقلةِ كمـا هو ظاهرٌ، أو أن يُسـكِنَها مع ضَرَّتِها، بخلافِ شرْطِ ما يُخِلُّ بمَقصودِه الأَصليِّ، كأنْ شرَطَ الخيارَ في النِّكاحِ.

نعَمْ إن شرَطَه على تقديرِ وُجودِ عَيبٍ لم يضُرَّ كما قاله بعضُهم؛ لأنَّه تصريحٌ بمُقتَضـى العَقْـدِ أو الطَّلاقِ قبلَ الوَطءِ أو بعدَه، أو أنَّه إذا وطِئَ بانَتْ منه، أو فلا نكاحَ بينَهما أو أنَّ نفقَتَها على غيرِه.

نعَـمْ إن شـرَطَ ذلكَ على تقديرِ وجودِ مُقتضِيه كما لـو وجَبَ إعفافُه ونفقتُها علـى فرْعِه لـم يضُرَّ كما هو ظاهـرٌ، أو ألَّا يطَأَهَا أصلًا، أو إلَّا نهـارًا، أو إلَّا مرَّةً مثلًا، فإنَّه يُفسِدُ النِّكاحَ سواءٌ كان الشَّارطُ هي الزَّوجةُ وكانَتْ تحتمِلُ الوطءَ أو كان هو الشَّارطُ فإن كانت هي لكنَّها لا تحتملُه أبدًا، أو في الحالِ فشرَطَتْ ترْكَه أبدًا، أو إلى احتمالِها فالنِّكاحُ صحيحٌ، فإنَّ أطلقت الشَّرطَ فيه نظرٌ.

وبحَـثَ الزَّرْكَشِـيُّ[1] فيما لو كان الزَّوجُ مَمسـوحًا أنَّه لا يضُرُّ شـرْطُها ترْكَ الـوطءِ، وظاهِرٌ أنَّ المُرادَ مِن شـرْطِها الشَّـرطُ مِـن جهتِها بأنْ شـرَطَه وليُّها في صُلبِ العَقْدِ؛ إذِ الشَّـرطُ المُفسـدُ إنَّمـا يُؤثِّرُ إذا وقَعَ في صُلـبِ العَقْدِ وإن جَرَى تفويـضٌ صحيحٌ صحَّ النِّكاحُ أيضًا، ووَجَب المَهرُ، لكـن لا بالعَقْدِ، بل (**بِثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ**) أي: بواحدٍ منها، بدليلِ تعبيرِه بـ«أو» فيما يأتي، وذلكَ بأنْ زوَّجَ:

* موليَّتَه الحُرَّةَ المكلَّفةَ الرَّشـيدةَ القائلةَ له: «زوِّجْني بلا مهرٍ»، أو «على أنْ لا مهْرَ لي» ونَفَى المَهرَ، أو سـكَتَ عنه، أو سَمَّى دونَ مهْرِ المِثْلِ، أو عَرَضًا، أو غيرَ نقْدِ البلدِ وإن كانت قيمةُ كلٍّ منهما أضعافَ مهرِ المثْلِ مِن نقْدِ البلدِ،

---
(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ١٥٦).

* أو أمَتَه غيرَ المُكاتَبَةِ ونحْوَها ونَفَى المهرَ أو سكَتَ عنه، بخلافِ المُكاتَبَةِ كتابـةً صحيحةً، فلا بدَّ مِـن إذْنِها أيضًا في نفْيِ المَهـرِ، والمُوصَى بمنفعتِها، فإنَّ القياسَ أنَّ المُعتبَرَ إذْنُ المُوصَى له في ذلكَ بناءً على أنَّ مهرَها له كما أنَّ المُعتبَرَ إذْنُ المَوقوفِ عليه فيه بناءً على ذلكَ، وأمَّا المأذونةُ المَديونَةُ فقياسُ عدمِ تعلُّقِ الدَّينِ بمهْرِها صحَّةُ تفويضِ سـيِّدها بغيرِ إذْنِها وإذْنِ الغُرماءِ، لكنَّه في «الخادمِ» أطلَقَ استِثْناءَهَا.

ولو سـكَتَ السَّيِّدُ عنِ المَهرِ في توكِيلِه بتزويجِ أمَتِه فالمُتَّجهُ وهو قضيَّةُ كلامِ ابنِ الرِّفْعَةِ أنَّه لا تفويضَ.

ولو كانَتِ المُولِيـةُ المذكورةُ مريضةً صحَّ تفويضُها إن برَأَتْ مِن مرضِها، فإن ماتَتْ منه قال بعضُهم: كان تبرُّعًا على الوارثِ، فإن لم تُجزِ الورثَةُ فلها مهرُ المثْلِ أي: بالعَقدِ، بخلاف ما إذا أجازت الوَرثةُ فيجب مهرُ المِثلِ بالمَوتِ كما سيأتِي.

ولـو كان الـزَّوجُ غيـرَ وارثٍ، فقياسُ مـا ذكَرُوه -فيمـا لو نكَحَـتِ المَريضةُ بمُحاباةٍ مِن أنَّها مِن رأسِ المالِ- صحَّةُ التَّفويضِ، فلا يجِب بمُجرَّدِ العَقْدِ شيءٌ.

ولـو زوَّجَها الوَليُّ بإذْنِها علـى أنْ لا مهرَ لها، وإنْ وطِئَ الزَّوجُ أو على أنْ لا مهـرَ لهـا ولا نفقةَ، أو على ألَّا مهرَ لها وتُعطي الزَّوجَ ألفًا كان تفويضًا على أحدِ وجهيْنِ في الأُولى وهو المُتَّجهُ.

ولا أثَرَ:

* لتفويضِ الأمَةِ وغير المُكلَّفةِ والسَّـفيهةِ، نعَمْ يستفِيدُ به الوَليُّ مِن السَّفيهةِ الإذْنَ في تزويجِها،

* ولا لسُـكوتِ الحُرَّةِ المُكلَّفةِ الرَّشـيدةِ عنِ المَهرِ في الإذْنِ، كما رجَّحَه في

«الشَّرحِ الصَّغيرِ» واقتضاه كلامُ «الرَّوضَةِ»[(١)] و«أصْلِها»[(٢)]؛ لأنَّ النِّكاحَ يُعقَدُ غالبًا بمَهرٍ، فيُحمَلُ الإذْنُ على العادةِ،

* ولا لإذْنِها في نفْيِ المَهرِ إذا عقَدَ الوَليُّ بمهرِ المِثْلِ مِن نقدِ البلَدِ، ولو سمَّى السَّيِّدُ دونَ مهرِ المثْلِ أو غير نقْدِ البلدِ وجَبَ ما سمَّاه.

(١) والثلاثةُ الأشياءُ أي: الواحدُ منها (**أَنْ يَفْرِضَهُ الزوجُ عَلَى نَفْسِهِ**) بمُوافقتِها عليه وإن جَهِلا مهْرَ المِثْلِ، أو فرَضَ أزيَدَ منه أو دُونَه أو مُؤجَّلًا، فإن لم توافِقْه فكأنَّه لم يفرِضْ؛ لأنَّه حقٌّ يجِبُ لها فتوقَفُ على رِضاها كالتَّسميةِ في العَقْدِ، وشمِلَ اعتبارُهم موافقتَها ما إذا فرَضَ لها مَهْرَ مثْلِها حالًّا مِن نقْدِ البلدِ، لكنْ قال الأَذْرَعِيُّ[(٣)]: إنَّ القياسَ الذي لا ينقَدِحُ غيرُه عدمُ اعتبارِها حينئذٍ؛ لأنَّه عبَثٌ ويُحمَلُ كلامُهم على غيرِ هذه الصُّورةِ. انتَهَى.

وللمُفوِّضةِ قبلَ الوَطءِ لا بعدَه مطالبةُ الزَّوجِ بفَرضِ المَهرِ وإقباضِه، وحبسُ نفْسِها إليهما، وقد يُستشكَلُ[(٤)] الحَبسُ هنا على عدمِ الحَبسِ بالمُسمَّى المُؤجَّلِ، وإن حلَّ قبلَ التَّسليمِ فإنَّ المُسامحةَ بالمَهرِ بالكليَّةِ إن لم تزِدْ على المُسامحةِ بتأجيلِه لم تنقصْ عنها، إذ ليس معنى التَّفويضِ المُسامحةَ بذكْرِ المَهرِ في العَقْدِ بلِ المُسامحةَ به مُطلقًا، ولذا قيلَ بعَدمِ الحَبسِ هنا نظرًا لذلكَ على أنَّ مِن صُورِ التَّفويضِ أن يأذَنَ في التَّزويجِ بلا مَهرٍ وإن وَطِئَ كما تقدَّمَ.

(٢) (**أَوْ يَفْرِضَهُ الحَاكِمُ**) عندَ امتناعِ الزَّوجِ مِن الفرْضِ أو تنازعِهما في قدْرِ ما يُفرَضُ بأن يفرِضَ مهرَ المثْلِ حالًّا وإنِ اطَّرَدَتْ عادةُ مثْلِها بتأجيلِه مِن نقْدِ البلدِ لا أزيدَ مِن مهرِ المِثْلِ ولا أنقَصَ منه ولا مُؤجَّلًا، ولا مِن غيرِ نقْدِ البلدِ

(١) «روضة الطالبين» (٧/ ٢٧٩).
(٢) «الشرح الكبير» (٨/ ٢٧٤).
(٣) «قوت المحتاج» (٦/ ٤٩).
(٤) في (ع): «يشكل».

وإن رضِيَت بذلكَ، نعَمْ القدْرُ اليسيرُ الذي يُحتملُ عادةً لا اعتبارَ به في زيادةٍ أو نقصٍ كالتَّفاوتِ بينَ الحالِّ والمُؤجَّلِ فيما لوِ اطَّردَتْ عادةُ مثْلِها بالتَّأجيلِ، فلو كان مَهرُ مثْلِها مئةً مُؤجَّلةً تعدلُ تِسعينَ حالةً لم يفرضْ إلَّا تسعين حالةً.

وعُلِمَ بما تقرَّرَ أنَّه يُشترَطُ علْمُ الحاكمِ بقدْرِ مهرِ مثْلِها ليُمكِنَه الاحترازُ عنِ الزِّيادةِ والنَّقصِ، ولو جرَتْ عادةُ ناحيةٍ بفَرضِ الثِّيابِ أو غيرِها جازَ للحاكِمِ فرْضُ ذلكَ، ذكَره الصَّيمَرِيُّ وأقرَّه الزَّرْكَشِيُّ وغيرُه، لكن حمَلَه الأَذْرَعِيُّ[1] بعدَ ردِّه بمُخالفتِه لنصِّ «الأمِّ» على ما إذا كانوا لا يتعامَلُون بنقْدٍ.

ولا يتوقَّفُ لزومُ ما يفرِضُه على رِضاهُما، فإنَّه حكمٌ منه، وحكمُه لا يتوقَّفُ لزومُه على رِضى الخصميْنِ.

فرعٌ: قال صَاحب «البيان»[2]: إذا زوَّجَ مولِّيتَه بأرضٍ أو عرضٍ أو بغيرِ نقْدِ البلدِ فالَّذي يقتَضِيه القياسُ أنَّه إن كان أبًا أو جدًّا أو المَنكوحةُ صغيرةً أو مجنونةً صحَّ المَهرُ إذا كانت قيمتُه قدْرَ مهرِها، كما يجوزُ أن يَبْتاعَه بمالِها، وإن كانت بالغةً عاقلةً أو كان الوَليُّ غيرَهما لم يصِحَّ بغيرِ إذْنِها؛ إذ لا ولايةَ له على مالِها، وإنَّما ولايتُه على عقدِ النِّكاح بنقْدِ البلدِ، وإن كانت مجنونةً ووليُّها الحاكمُ صحَّ إذا كانت قيمتُه قدْرَ مهرِ مثْلِها أي: والمصلحةُ لها فيه. انتَهى.

وخرَجَ بالزَّوجِ والحاكمِ: غيرُهما، فلا يجوزُ فرْضُه استقلالًا، فإن أذِنَ له الزَّوجُ جازَ قطعًا، صرَّحَ به القاضي مُجلِّي، واقتضاه كلامُ غيرِه، وظاهرٌ أنَّ الوليَّ كالمأذونِ له.

(٣) (**أَوْ يَدْخُلَ بِهَا**) بأن يطَأَها ولو في الدُّبرِ (**فَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ**) أكثَرَ ما

---

(١) «قوت المحتاج» (٦/ ٤٩).

(٢) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٩/ ١٨٥).

كان مِن العَقْدِ إلى الوَطءِ كما صحَّحَه في «أصْلِ الرَّوضَةِ»[١]، وصحَّحَ في «المنهاجِ»[٢] كـ«المُحرَّرِ» و«الشَّرحِ الصَّغيرِ» ونقَلَه في «الكبيرِ» في سرايةِ العِتقِ عنِ اعتبارِ الأكثرين اعتبارَ يومِ العَقْدِ.

نعَمْ لو نكَحَ في الكُفرِ مُفوِّضةً ثُمَّ أسْلَمَا واعتقادُهم أن لا مَهرَ للمُفوِّضةِ بحالٍ ثُمَّ وطِئَ فلا شيءَ لها؛ لأنَّه استحَقَّ وطئًا بلا مَهرٍ، فأشبَهَ ما لو زوَّجَ أمَتَه عبْدَه، ثُمَّ أعتَقَهما أو أحدَهُما أو باعَهما ثُمَّ وطِئَها الزَّوجُ.

وقضيَّةُ ذلكَ أنَّه ليس لها حبسٌ ولا مُطالبةٌ بفَرضٍ، وكالدُّخولِ بها موتُ أحدِهما كما صحَّحَه في «الرَّوضَةِ»[٣] و«المنهاجِ»[٤]، خلافًا لِما في «المُحرَّرِ» وغيرِه، فيجبُ مهرُ المِثْلِ، وهلِ المُعتبَرُ فيه حالُ العَقْدِ أو حالُ المَوتِ أو أكثرُهما[٥]؟ فيه في «الرَّوضَةِ»[٦] و«أصْلِها»[٧] ثلاثةُ أوجهٍ بلا ترجيحٍ، وينبَغِي جريانُها في فرْضِ القاضي أيضًا.

(**وَلَيْسَ لِأَقَلِّ الصَّدَاقِ**) أي: ما يصِحُّ كونُه صداقًا، (**وَلَا لِأَكْثَرِهِ حَدٌّ**) معيَّنٌ بعدَ اعتبارِ كونِه مُتموَّلًا وإن كان منفعةً كما ذكَرَه بقولِه: (**وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا عَلَى مَنْفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ**) للمُتعاقدينَ؛ كسُكْنى دارِه سنةً، وتعليمِها القُرآنَ، أو بعضًا معيَّنًا منه، أو مِن الفقْهِ، أو مِن الشِّعرِ المُباحِ، بخلافِ ما لا يُتموَّلِ لقلَّتِه، ومثَّلَه الصَّيمَريُّ بالنَّواةِ والحَصاةِ وقشرَةِ البَصلَةِ وقُمعِ الباذنجانِ، أو عدمِ ماليَّتِه كتَركِ الشُّفعةِ وحدِّ القَذفِ، فلا يصِحُّ كونُه صَداقًا كالمَنفعةِ المَجهولةِ، فلو عقَدَ بشَيءٍ مِن ذلكَ فسدَتِ التَّسميةُ، ويُسَنُّ ألَّا ينقصَ عن عشرةِ دراهِمَ خالصةً؛

---

(١) «الشرح الكبير» (٨/ ٢٧٦).
(٢) «منهاج الطالبين» (ص ٢٢٠).
(٣) «روضة الطالبين» (٧/ ٢٨٢).
(٤) «منهاج الطالبين» (ص ٢٢٠).
(٥) كتب فوقه في (ع): «معتمد».
(٦) «روضة الطالبين» (٧/ ٢٨٢).
(٧) «الشرح الكبير» (٨/ ٢٧٩).

لأنَّ أبا حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لا يُجوِّزُ أقلَّ منها، وألَّا يُزاد على خمسِ مئةٍ خالصةً صداقَ رسولِ اللهِ ﷺ لأزواجِه كما رواه مسلمٌ[1] عن عائشةَ.

(**وَيَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ**) وإن باشرَتْه الزَّوجةُ بالتَّفويضِ إليها أو التَّسميةِ في الإيلاءِ عند فراغِ مُدَّتِه (**قَبْلَ الدُّخُولِ**) أي: الوَطءِ ولو في الدُّبرِ، ولنحوِ الحائضِ (**نِصْفُ المَهْرِ**) أي: الواجبُ بالعَقْدِ الصَّحيحِ مِن المُسمَّى، أو مهرِ المِثْلِ عندَ فَسادِ المُسمَّى، أو بالفَرْضِ الصَّحيحِ مِن الزَّوجِ أو الحاكمِ، بخلافِ العَقْدِ الفاسدِ، إذ لا يوجِبُ مهرًا حتَّى يسقُطَ نصْفُه حتَّى مع أنَّه لا يُتصوَّرُ معَه طلاقٌ، والفَرْضُ الفاسِدُ كفَرضِ الخَمرِ إذ لا اعتبارَ به، فلا يُؤثِّرُ تشطيرُ المَهرِ بالطَّلاقِ، فعُلِمَ أنَّه لا مَهرَ للمُفوَّضةِ إذا طلقت قبلَ الفَرضِ والوَطءِ.

فإن كان المهرُ دَينًا عندَ الطَّلاقِ برِئَ مِن نصفِه، فإن كانت أبرأَتْه منه لم يرجِعْ عليها بشيءٍ؛ لأنَّها لم تأخُذْ منه مالًا ولم تتحصَّلْ على شيءٍ، أو منفعةً لم تُستوفَ سقَطَ عنه نصفُها، وإنِ استوفيَتْ رجَعَ بنصفِ بدلِها.

فلو كانت خياطةَ ثوبٍ معلومٍ فطلَّقَ قبلَ الخياطةِ فعليه خياطةُ نصفِه إنِ انضبَطَ، وإلَّا فنصفُ مهرِ المثْلِ، أو بعدَها رجَعَ بنصفِ أجرةِ المثْلِ.

أو ردَّ عبدِها مِن موضعٍ معلومٍ، فإن طلَّقَ قبلَ ردِّه فعليه ردُّه إلى نصفِ الطَّريقِ باعتبارِ المُؤنةِ لا المَسافةِ، وتسليمُه هناكَ لحاكمٍ ونحوِه كوَليٍّ ووَكِيلٍ إن أمكَنَ، وإلَّا فعليه ردُّه إليها وله عليها نصفُ الأجرةِ إن لم يتبرَّعْ به، أو بعدَ ردِّه رجَعَ عليها بنصفِ الأُجرةِ.

أو تعليمَها فإن طلَّقَ قبْلَه تعذَّرَ؛ لأنَّها صارَتْ مُحرَّمةً عليه، ولا يُؤمَنُ الوُقوعُ

---

(١) «صحيح مسلم» (١٤٢٦).

في التُّهمـةِ والخَلوةِ المُحرَّمةِ لو جوَّزْنا التَّعليمَ مِن وراءِ حجابٍ مِن غيرِ خلوةٍ، أو بعدَه رجَعَ عليها بنصفِ أُجرتِه.

أو عينًا لـم تُقبض رجَعَ نصْفُها إلى ملكِه، أو قبضَـتْ فإن كانت تالفةً أصلًا حسًّا أو شرعًا ولو بانتقالِها عن ملْكِها ببيعٍ فيه خيارٌ وهِبةٌ مقبوضةٌ مِن الزَّوجِ أو بتدبيرِها أو تعليقِ عتقِها بصفةٍ وهي موسرةٌ، أو برهنِها مع إقباضِها أو إجارتِها أو تزويجِها إذا لم يصبِرْ إلى انفكاكِ الرَّهنِ وانقضاءِ مدَّةِ الإجارةِ وزوالِ الزَّوجيَّةِ، أو أجابَ إلى الصَّبْرِ لكنَّه امتنَعَ مِن تسلُّمِ العينِ، ثُمَّ ردَّها للمُستحِقِّ[١] لتبْرَأَ هي مِـن ضمانِهـا فله نصفُ بدلِها مِن مثْلِهـا أو قيمةِ يومِ تلَفِهـا إن كان بعدَ الفُرقةِ، وأقلُّ قيمتِها مِن القَبضِ إلى التَّلفِ إن كان قبْلَها.

والتَّعبيرُ بنصفِ القيمةِ ذكَرَه الجُمهورُ، قال الإمامُ: وفيه تسـاهِلٌ، وإنَّما هو قيمةُ[٢] النِّصفِ وهي أقلُّ مِن ذلكَ.

أو موجودةً في يدِها ولو بعدَ زوالِ ملْكِها عنها استَردَّ نصْفَها، أو كان التَّالفُ بعْضَها فقَطْ كموتِ أحدِ العبديْنِ أو هبتِه وإقباضِه مِن الزَّوجِ، فله نصفُ الباقي ونصفُ بدَلِ التَّالفِ.

وهل يجْرِي نظيرُ ذلكَ في المنفعَةِ حتَّى لو قبضَتِ الدَّارَ في الصُّورةِ السَّـابقةِ ثُمَّ طلقَتْ بعدَ مُضيِّ سـتَّةِ أشـهرٍ مِن غيرِ انتفاعٍ منها بها، فله نصفُ منفعةِ السِّتَّةِ الباقيةِ ونصفُ أجرةِ السِّتَّةِ الفائتةِ؟

فيـه نظـرٌ، ولا يبعُدُ جَريـانُ ذلكَ وإن اسـتوْفَتْ منفعـةَ السِّـتَّةِ الأُولى؛ لأنَّ المَنفعَةَ باستيفائِها تصيرُ تالفةً، فهي تالفةٌ عندَ الطَّلاقِ بعدَ قبضِها، فليُتأَمَّلْ.

---

(١) في هامش «ع»: «أي: نحو الراهن».

(٢) كتب فوقه في (ع): «معتمد».

وإن نقَصَـتْ بعدَ الفِراقِ فله أرْشُ النَّقـصِ إن حصَلَ في يدِها ولو بلا تعدٍّ أو قبلَ الفراقِ، فإن كان بعدَ قبضِها فإن قنَعَ بها رجَعَ في نصفِها بلا أرْشٍ، وإلَّا أخَذَ نصفَ بدلِها سـليمًا، أو قبلَ قبضِها بـأنْ رضِيَتْ بها فله نصفُها ناقصًا بلا أرشٍ، نعَـمْ إن كان بجنايـةٍ مضمونةٍ للزَّوجةِ بأن كانت مِن أجنبيٍّ في يدِها أو يدِ الزَّوجِ أو مِن الزَّوجِ في يدِها فله نصفُ الأرْشِ، وإن أبرأَتِ الجانيَ منه.

وإن زادَتْ زيـادةً منفصلَةً كولدٍ فهي لها، سـواءٌ حصلَتْ في يدِها أو في يدِه، فيسـتَرِدُّ نصفَ الأصلِ فقَطْ، نعَمْ إن حصَلَ باسـتِردادِه تفريـقٌ مُحرَّمٌ عُدِلَ إلى نصفِ القيمةِ.

أو متَّصلـةً كتعلُّمِ صنعةٍ، فإن شـحَّتْ بها فله نصفُ قيمـةِ الأصلِ فقَطْ، وإن سـمَحَتْ بها لزِمَه قبولُهـا، وليس له طلـبُ القيمةِ، وإن نقَصْـتْ وزادَتْ ككِبَرِ العبـدِ، فإن تراضَيَا على نصفِ العينِ فـذاكَ، وإلَّا فله نصفُ قيمةِ الأصلِ خاليًا عنِ الزِّيادةِ والنَّقصِ، ولا تُجبَرُ هي على دفْعِ نصفِ العينِ ولا هو على قبولِها.

فظهَرَ بما تقرَّر أنَّ المُرادَ بالسُّـقوطِ ما يعُمُّ الرُّجوعَ فيَتناولُ المَهرَ المُعيَّنَ في العَقْدِ أو بعدَه، والمُراد الرُّجوعُ إلى الزَّوجِ إن أدَّى مِن مالِه، وإلى غيرِه إن أدَّى عنه إلَّا الوالدَ وإن عَلَا إذا أدَّى عن ولدِه الصَّغيرِ أو المَجنونِ لا بقصْدِ إقراضِه، ثُـمَّ بلَـغَ أو أفاقَ وطلَّقَ قبلَ الدُّخـولِ، فإنَّ الرُّجوعَ إلى الولـدِ دونَ الوالدِ؛ لأنَّ الوالدَ يتملَّكُ له مِن نفْسِه فدفعَه عنه تملُّكُه له.

وقضيَّةُ ذلكَ: أنَّ السَّـفيهَ كالصَّبـيِّ والمَجنونِ، فلو كان الوالـدُ أمهَرَ دَينًا في ذمَّتِـه ثُمَّ حصَلَ الطَّلاقُ قبلَ الدُّخولِ وقبَضَ المَهـرَ كان نصفُه للزَّوجةِ ونصفُه للولـدِ، حتَّى لو ماتَ أُخِذَ ذلكَ من تركتِه، ولو لزِمَه إعفافُ والدِه فأمهَرَ عنه ثُمَّ طلَّقَ قبلَ الدُّخولِ، فإنِ استمَرَّ وجوبُ المُفارقةِ كان الرَّاجعُ إليه دونَ ولدِه.

ولـو كان الزَّوجُ عبـدًا فعتَقَ أو بِيعَ ثُمَّ طلَّقَ قبلَ الدُّخـولِ وقد أدَّى المَهرَ مِن كسْـبِه ومالِ تجارتِه قبلَ العِتقِ والبَيعِ، رجَعَ النِّصفُ إليه أو إلى المُشـتري دونَ المُعتقِ والبائعِ.

فلـو كان المَهـرُ رقبتَـه بـأنْ أذِنَ له سـيِّدُه أن يتـزوَّجَ برقبتِه ففعَـلَ، فإنَّه يصِحُّ ويجتمعُ الزَّوجانِ في ملْكِ مالكِ الزَّوجةِ، رجَعَ العتيقُ أو المُشـتَري بقيمةِ نصفِ الـزَّوجِ على المُعتقِ أو البائعِ كذا ذكَرَه الشَّـيخانِ[1] وغيرُهما، وظاهرُه أنَّه تفريعٌ على القَولِ بالرُّجوعِ إلى غيرِ الزَّوجِ إذا أدَّى عنه، فيكونُ مُستثْنًى أيضًا ممَّا سبَقَ، ولعلَّ وجْهَه قوَّةُ الرَّبطِ بينَ العَبدِ وسيِّدِه، ولذا تعلَّقَ بنحْوِ كسبِه ومالِ تجارتِه مؤنُ النِّكاحِ مِن مَهرٍ وغيرِه، وخالَفَ بعضُهم ففرَّعَ ذلكَ على غيرِ القولِ المذكورِ.

وكالطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ في سُـقوطِ نصفِ المَهـرِ كلُّ فُرقةٍ في الحياةِ لا تكونُ بسـببِ الزَّوجةِ، كشـراءِ الزَّوجِ لهـا، ولعانِه إذا قذَفَها، بخلافِ ما يكونُ بسـببِها كفسْخِ أحدِهما بعَيبِ الآخَرِ وفسْخِها بعتْقِها، فتُسقِطُ جميعَ المَهرِ.

وخـرَجَ بفُرقةِ الحياةِ الفُرقةُ بالمَوتِ، فلا يسـقُطُ بها شـيءٌ، فعُلِمَ أن كلًّا مِن الوَطءِ -ولو حرامًا- والمَوتِ يُقرِّرُ المَهرَ، نعَمْ لو قتَلَتِ الأمَةُ[2] نفْسَها أو قتَلَها سيِّدُها أو قتَلَتِ الحُرَّةُ زوْجَها فلا مهرَ لها، وكذا لو أعتَقَها في مَرضِ موتِه مَن لا يملِكُ غيْرَها وتزوَّجَتْ وأجازَتْ الوَرثَةُ كما قاله في «البيانِ»[3].

والمُـرادُ بتقـرُّرِه بمـا ذُكِرَ عـدمُ تطرُّقِ السُّـقوطِ إليه أو إلى نصفِـه بطلاقٍ أو فسْـخٍ، فلا يُنافِي أنَّه لو تلِفَ المُسـمَّى قبلَ قبضِه أو فسـخِ النِّكاحِ بسـببٍ سابقٍ

(١) «الشرح الكبير» (٨/ ٢٦٦)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٢٧٢).
(٢) في (ج): «المرأة».
(٣) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٩/ ٣٢٦).

على الوطءِ سقَطَ المُسمَّى ووجَبَ مهرُ المثْلِ، ونبَّه الجيلِيُّ على أنَّ المَوتَ لا يُقرِّرُ المَهرَ في النِّكاحِ الفاسدِ.

وكالمَوتِ مسْخُ أحدِهما حَجَرًا، فإن مُسِخَ حيوانًا ففي «التَّدريبِ»[1] أنَّه إن كان هو الزَّوجُ حصَلَتِ الفُرقةُ بذلكَ، لكن لا يسقُطُ به شيءٌ مِن المَهرِ، إذ لا يمكِنُ عودُ شيءٍ له؛ لانتفاءِ أهليَّةِ التَّملُّكِ عنه، ولا لوَرثَتِه؛ لأنَّه حيٌّ فيستمِرُّ للزَّوجةِ.

وفارَقَ المَسخُ الرِّدَّةَ حيثُ توقَّفَتِ الفرقةُ بها على انقضاءِ العِدَّةِ إذا كان قبلَ الدُّخولِ بأنَّ المُرتَدَّ مِن جنسِ مَن ينكِحُ والعادةُ جاريةٌ بعَودِه إلى الإسلامِ، بخلافِ المَمسوخِ فيهما، ويُؤخَذُ منه أنَّه لو ماتَ لم يُورَثْ عنه الصَّداقُ؛ لأنَّها ملكَتْه مِن غيرِ مُعارضٍ، وأنَّه لو عادَ آدميًّا فالفُرقةُ بحالِها، وهل يعودُ ملْكُه؟ فيه نظرٌ، وعدمُ العَودِ غيرُ بعيدٍ.

ولوِ احتاجَ للإنفاقِ لم يُنفقْ عليه مِن الصَّداقِ كما هو ظاهرٌ، ويُفارِقُ المُرتَدَّ حيثُ يُنفَقُ عليه مِن مالِه، وإن قلْنا بزوالِ ملْكِه بأنَّه كان مالكًا له قبلَ الرِّدَّةِ فاستُصحبَتِ العلَّةُ بالنِّسبةِ للنَّفقةِ، وبأنَّ المِلْكَ هناكَ لم ينتقِلْ إلى معيَّنٍ، بخلافِ ما هنا فيهما.

وإن كان هو الزَّوجةُ حصلَتِ الفُرقةُ مِن جهتِها ورجَعَ إلى الزَّوجِ جميعُ المهرِ وهو ظاهرٌ إن كان قبلَ الدُّخولِ كما هو السِّياقُ، فإن كان بعدَه فيتَّجِهُ أنَّه مالٌ ضائعٌ؛ إذ لا جائزَ أن يرجِعَ للزَّوجِ لعَدمِ مُقتضيه، ولا أن ينتقِلَ للوَرثةِ لوُجودِ الحياةِ، ولا أن يَبْقى لها لعَدمِ أهليَّتِها للملْكِ، فلو ماتَتْ بعدَ ذلكَ فيتَّجِهُ أنَّه لا يتغيَّرُ هنا الحُكمُ لعَدمِ المُغيِّرِ.

(١) «التدريب في الفقه الشافعي» (٣/ ١٤٠).

ولو مُسِخَ بعضُ أحدِهما حَجرًا والبعضُ الآخَرِ حيوانًا، فيتَّجِهُ أن يُقالَ: إن كان فيه خاصيَّةُ الحَيوانِ مِن الحَرَكةِ والإحساسِ فله حُكمُه، وإلَّا فله حُكمُ الحجَرِ.

(**وَالوَلِيمَةُ**) منَ الوَلْمِ، وهو الاجتماعُ، وهي تقَعُ على كلِّ طعامٍ يُتَّخَذُ لسرورٍ حادثٍ مِن عُرسٍ وإملاكٍ وغيرِهما، لكن استعمالُها مُطلقةً في العُرسِ أشهَرُ، وفي غيرِه تُقيَّدُ، فيقالُ: وليمةُ ختانٍ مَثلًا.

(**عَلَى العُرْسِ**) أي: لأجْلِه (**مُسْتَحَبَّةٌ**) على التَّأكيدِ؛ لثبوتِها عنه ﷺ قولًا وفعلًا، وأمْرُه بها محمولٌ على النَّدبِ قياسًا على الأضحيَّةِ وسائرِ الولائمِ.

ثُمَّ قال في «التنبيه»[1]: وبأيِّ شيءٍ أوْلَمَ مِن الطَّعامِ جازَ، فما في «الرَّوضَةِ»[2] عن ابنِ الصَّباغِ وغيرِه مِن أنَّ أقلَّها للمُكثرِ شاةٌ، ولغيرِه ما قدَرَ عليه، محمولٌ على أقلِّ الكمالِ.

ويدخُلُ وقتُها بالعَقْدِ، والأفضَلُ فعْلُها ليلًا كما نقَلَه ابنُ الصَّلاحِ، وبعدَ الدُّخولِ كما صحَّ عنه ﷺ في زينبَ وصفيَّةَ، وبحَثَ الدَّميرِيُّ[3] أنَّها أداءٌ إلى سبعةِ أيَّامٍ في البكْرِ وثلاثةٍ في الثَّيِّبِ، وقضاءٌ فيما زادَ، ويُحتمَلُ امتدادُ أدائِها مُطلقًا كالعقيقةِ، فلو قدَّمَها على العَقْدِ لم تكُنْ وليمةَ عُرسٍ، فلا تجِبُ الإجابةُ.

وينبَغِي أنْ يكونَ التَّسرِّي كالنِّكاحِ في استحبابِ الوليمةِ ووجوبِ الإجابةِ، وقد يُستدَلُّ له بتردُّدِ الصَّحابةِ لمَّا أوْلَمَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ على صفيَّةَ في أنَّها زوجةٌ أو سُرِّيَّةٌ، وقد تمنَعُ[4] الدَّلالةُ لإمكانِ التَّردُّدِ مع علْمِهم بمشروعيَّةِ الوَليمةِ للزَّوجةِ وتردُّدِهم في مشروعيَّتِها للسُّرِّيَّةِ، فتأمَّلْ.

(١) «التنبيه في الفقه الشافعي» (ص ١٦٨).
(٢) «روضة الطالبين» (٧/ ٣٣٣).
(٣) «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٧/ ٣٧٥).
(٤) في (ج): «يمتنع».

وأنَّه يُستحَبُّ تعدُّدُها بتعدُّدِ الزَّوجاتِ ولو في عقدٍ واحدٍ كما في العقيقةِ عن أولادٍ.

ويُسنُّ ألَّا يخْلُوَ عقدُ النِّكاحِ عن شيءِ حُلوٍ مِن سكَّرٍ ولوز على ما جرَتْ به العادةُ، صرَّحَ به المُتولِّي، وذلكَ غيرُ وليمةِ العُرسِ.

وقولُ المُصنِّف: «على العُرسِ» ليس للاحترازِ عن غيرِه، إذِ الوليمةُ مستحبَّةٌ بغيرِ العُرسِ أيضًا، بل لأنَّ الكلامَ فيه، ولاختصاصِ وليمةِ العرسِ بوجوبِ الإجابةِ إليها.

(**وَالإِجَابَةُ إِلَيْهَا**) بأن يحضُرَ المدْعو (**وَاجِبَةٌ**) وجوبَ عينٍ على الأصحِّ بشروطٍ:

* منها: إسلامُ كلٍّ مِن الدَّاعي والمدْعُو، فلو دَعَى كافرٌ مسلمًا لم تجِبْ، وكذا عكسُه كما ذكَرَه المَاوَرْدِيُّ[1] والرُّويانِيُّ[2]، فيُحتمَلُ أنَّ المُرادَ نفْيُ وجوبِ المُطالبةِ في الدُّنيا مع المعاقبةِ في الآخرةِ كما في نظائرِه، ويُحتمَلُ نفْيُ الوجوبِ مُطلقًا؛ لأنَّ مقاصِدَ الوليمةِ تُنافِي العداوةَ بينَهما، وقد يُجابُ بأنَّه مقصِّرٌ بتمكُّنِه مِن إزالةِ العداوةِ بالإسلامِ، كما وجَبَ عليه الصَّلاةُ بتمكُّنِه منه بأن يسْلِمَ، نعَمْ تُسنُّ إجابةُ الذِّمِّيِّ كما هو قضيَّةُ كلامِ الشَّيخيْنِ، واختارَ في «القوتِ» كراهتَها، إلَّا لجِوارٍ أو رَجاءِ إسلامٍ أو نحوِ ذلكَ.

قال الشَّيخانِ[3] هنا: وتُكرَهُ مخالطتُه، وفي الجزيةِ تحرُمُ مودتُه، ولا منافاةَ بينَهما كما هو ظاهرٌ؛ لأنَّ ما هنا عندَ انتفاءِ المَيلِ القلبيِّ، وما هناكَ عندَ وجودِه.

---

(١) «الحاوي الكبير» (٩/ ٥٥٨ -٥٥٩). (٢) «بحر المذهب» (٩/ ٥٣٠ - ٥٣١).

(٣) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٤٧)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٣٤).

* ومنهـا أنْ يدعُـوَه في اليومِ الأوَّلِ، فلـو أوْلَمَ ثلاثةَ أيَّامٍ لـم تجِبْ في الثَّاني، لكن تُسـتحَبُّ وتُكـرَهُ في الثَّالثِ. قال السُّـبكيُّ: ظاهرُ عبارةِ «التَّنبيهُ» أنَّه سـواءٌ كان المَدْعـو في اليـومِ الثَّالـثِ هو المَدْعـو في اليـومِ الأوَّلِ أم لا، وظاهرُ عبارةِ «البيـانِ»[١] أنَّـه إنَّمـا يُكرَهُ إذا كان هـو المَدْعو أو لا. قـال: ولا تصريحَ في كلامِ أصحابِنا بذلكَ، وإنَّما رأيتُ للمالكيَّةِ فيه خلافًا. انتَهَى.

ومحـلُّ ذلـكَ إذا أمكَنَـه اسـتيعابُ النَّـاسِ في اليـومِ الأوَّلِ، فـإن لـم يمكِنْه اسـتيعابُهم فيـه لكثرتِهم أو ضيـقِ منزلِه أو غيرِهمـا، كان كوليمةٍ واحـدةٍ دُعِيَ النَّاسُ إليها أفواجًا أفواجًا، كما قاله الأَذْرَعِيُّ[٢].

ومـا إذا كانت زوجةً واحـدةً، فلو نكَحَ اليومَ واحدةً فأولَمَ لهـا، ثُمَّ غدًا ثانيةً فأولم لها ثُمَّ بعدَ غدٍ ثالثةً فأولَمَ لها، فالظَّاهرُ وجوبُ الإجابةِ في الثَّلاثةِ؛ لأنَّ كلَّ وليمةٍ لا تعلُّقَ لها بالَّتي قبْلَها كما لو تطاوَلَ الفصْلُ[٣].

قال الزَّرْكَشِـيُّ: ولو أولَمَ في يومٍ مرَّتيْنِ، كانَتِ الثَّانيةُ كاليومِ الثَّاني[٤]. انتَهَى. ومحلَّه أخذًا ممَّا قبْلَه إذا أمكَنَه استيعابَ النَّاسِ في المرَّةِ الأولى.

* ومنهـا: أن تكونَ الدَّعوةُ عامَّةً لنحْوِ عشـيرتِه أو جيرانِه أو أهلِ حرفتِه وإن كانـوا كلُّهـم أغنياءَ، فإن خصَّ الأغنيـاءَ منهم مثلًا لم تجِـبِ الإجابةُ حتَّى على الفقـراء كما هو ظاهـرٌ، فليس المُرادُ عمـومَ الدَّعوةِ لجميعِ النَّـاسِ لتعذُّرِه، بلِ الشَّرطُ ألَّا يظهَرَ منه قصْدُ التَّخصيصِ للأغنياءِ أو غيرِهم، حتَّى لو كثُرَتْ عشيرتُه وخرجَتْ عنِ الضَّبطِ أو كانوا فقراءَ لا يمكِنُه اسـتيعابَها لم يُشـتَرطِ التَّعميمُ، بل عدمُ ظهورِ قصْدِ التَّخصيصِ كما بحَثَه الأَذْرَعِيُّ[٥].

---

(١) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٩/ ٤٨٥).
(٢) «قوت المحتاج» (٦/ ١٣٤).
(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٢٢٤).
(٤) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٢٢٥).
(٥) «قوت المحتاج» (٦/ ١٣٢).

* ومنها: أن يعيِّنَ المَدْعوَ بنفْسِه أو نائبِه، فلو فتَحَ بابَه وقال: ليحضُرْ مَن شاءَ أو مَن شاءَ فلانٌ لم تجِبِ الإجابةُ، بل قال الشَّافعيُّ: ما أحِبُّ أن يُجيبَ[1].

* ومنها: أن تكونَ دعوتُه للتَّقرُّبِ أو التَّوَدُّدِ أو لا بقصدِ شيءٍ، فإنْ دَعاهُ لخوفٍ منه لو لم يدْعُه، أو لطمَعٍ في جاهِهِ أو نحْوِ ذلكَ لم تجِبْ إجابتُه.

* ومنها: ألَّا يكونَ في المَدْعو إليه شبهةٌ، وينبَغِي أنْ يكونَ المُرادُ ألَّا يعلَمَ أنَّ في مالِه حرامًا بحيثُ يُحتمَلُ وجودُه في المَدْعو إليه، فإن علِمَ أنَّ فيه ذلكَ لم تجِبِ الإجابةُ، بل تُكرَهُ إن عَلِمَ أنَّ أكثَرَ مالِه حرامٌ أخذًا مِن كراهةِ معاملتِه حينئذٍ، وظاهرٌ أنَّ مِن الشُّبهةِ ما لو ظن[2] في ماله حرامٌ، ولو علِمَ أنَّ طعامَ الوليمةِ حرامٌ حرُمَتِ الإجابةُ إنْ أرادَ الأكْلَ، وإلَّا فينبَغِي التَّحريمُ أيضًا؛ لأنَّ في الحضورِ إقرارٌ على معصيةٍ، ويظهَرُ أنَّ المُرادَ[3] بالعلْمِ في هذه المَواضعِ ما يشمَلُ الظَّنَّ، وأنَّه لو ظنَّ خلوصَ طعامِ الوليمةِ من الشُّبهةِ وجَبَ الحضورُ وإن كان ما عداه مِن أموالِه حرامًا.

* ومنها: أن يدعُوَه في وقتِ استحبابِ الوليمةِ، كما بحَثَه في «التَّوشيحِ»، فإن دَعاهُ في غيرِ ذلكَ الوقْتِ لم تجِبْ إجابتُه.

* ومنها: أنْ يكونَ الدَّاعي مُطلقَ التَّصرُّفِ، فلو كان محجورًا عليه لم تجِبْ إجابتُه وإن أذِنَ الوَليُّ؛ لأنَّه مأمورٌ بحفْظِ مالِه دونَ إتلافِه، ويُؤخَذُ من ذلكَ أنَّه يحرُمُ عليه اتِّخاذُ وليمةٍ لعُرسِ المَحجورِ مِن مالِه، نعَمْ إنِ اتَّخذَها مِن مالِ نفْسِه وكان أبًا أو جَدًّا وجَبَ الحضورُ كما بحَثَه الأَذْرَعِيُّ[4].

---

(١) «الحاوي الكبير» (٩/ ٥٥٩).

(٢) في (ج)، (ن): «خمن». وفي (ع): «اشترى طعام الوليمة ممن».

(٣) في (ج): «مراده». وفي (ع): «يراد».

(٤) «قوت المحتاج» (٦/ ١٣٨ - ١٣٩).

* ومنهـا: أَلَّا يكونَ المدْعو قاضيًا، وألحَقَ به الأَذْرَعِيُّ[١] والزَّرْكَشِـيُّ بحثًا كالمَاوَرْدِيِّ[٢] كلَّ ذي ولايةٍ عامَّةٍ.

* ومنهـا: أَلَّا يكـونَ الدَّاعـي ظالمًـا أو فاسـقًا أو شـرِّيرًا أو متكلِّفًـا طالبًـا للمباهاةِ والفخْرِ، قاله في «الإحياءِ»[٣]، ويؤيِّدُه ما ذكَرُوه في السَّلامِ عليه، وأشارَ الأَذْرَعِيُّ[٤] إلى أنَّ كلَّ مَن جازَ هجرانُه لا تجِبُ إجابتُه، وهو وجِيهٌ.

* ومنهـا: أَلَّا يكـونَ معذورًا، فإن كان معـذورًا لم تجِبْ إجابتُـه كما ذكَرَه بقولِه: (إِلَّا مِنْ عُذْرٍ)، وهو في الحقيقةِ اسـتِثْناءٌ مِـن المفهومِ؛ أي: وإذا وجَبَتِ الإجابـةُ امتنَـعَ التَّخلُّـفُ إلَّا أنْ يكـونَ لعذْرٍ مِن أعـذارِ الجماعـةِ، كما قاله في «البيـانِ»[٥] كأكْلِ ذي ريحٍ كريهٍ، وشـدَّةِ حرٍّ أو بردٍ يمنَعُ غيـرَه مِن التَّصرُّفِ في حوائجِـه، قاله المَاوَرْدِيُّ[٦] والرُّويانِيُّ[٧]، أو مـن غيرِها كأنْ كان عبدًا لم يأذَنْ له سـيِّدُه، أو مكاتبًا يضُرُّ حضورُه بكسْـبِه ولم يأذَنْ له سـيِّدُه، فإن أذِنَ له وضرَّ حضورُه بكسْبِه ففي لزومِها وجهانِ، أوجهُهُما: اللُّزومُ على ما بحَثَه بعضُهم.

وقد يُوجَّهُ المنعُ بتضرُّرِه بفواتِ ما يحتاجُ إليه في دِينه.

وقيـاسُ هذا المنعِ أيضًا في حقِّ الحرِّ إذا فوَّتَ حضورُه كسْـبَه المحتاجَ إليه في دَينِـه، إلَّا أن يُفرَّقَ بتأكُّدِ أمـرِ العِتق وما يؤدِّي إليه، أو تعيَّن عليه حقٌّ كصلاةِ جنازةٍ وأداءِ شـهادةٍ وإجابةِ دعوةٍ سـابقةٍ، فإن دَعَيَاه معًا أجابَ الأقربَ رحِمًا، ثُمَّ دارًا، ثُمَّ أقرَعَ.

---

(١) «قوت المحتاج» (٦/ ١٣٩).
(٢) «الحاوي الكبير» (١٦/ ٤٣).
(٣) «إحياء علوم الدين» (٢/ ١٤).
(٤) «قوت المحتاج» (٦/ ١٣٨).
(٥) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٩/ ٤٨٤).
(٦) «الحاوي الكبير» (٩/ ٥٥٩).
(٧) «بحر المذهب» (٩/ ٥٣٢).

أو كان أمـرَدَ جميلًا يُخافُ عليه من ريبةٍ أو تهمةٍ وإن أذِنَ له الوليُّ كما بحَثَه الأَذْرَعِـيُّ[1]، أو ترتَّـبَ على إجابتِه خلـوةٌ محرَّمةٌ؛ كرجلٍ دعَتْـه أجنبيَّةٌ وليس هنـاكَ ما يمنَعُ الخلـوةَ المحرَّمةَ مِـن مَحْرمِها أو محْرَمِه، أو ممسـوحٍ أو امرأةٍ أُخـرى، بخلافِ امرأةٍ دعَتْها امـرأةٌ فتَجِبُ إجابتُها بإذْنِ زوْجِها أو سـيِّدِها، أو كان هناكَ من يتأذَّى بحضورِه، أو لا تليقُ به مجالستُه كالأراذلِ.

وقولُ المَاوَرْدِيِّ[2]: ولا يُعذَرُ بعداوةٍ بينَه وبينَ الدَّاعي أو غيرِه ممَّن حضَرَ. والرُّويانيِّ[3]: لا يُعذَرُ بالزِّحامِ الظَّاهرِ. كما قال العراقيُّ[4] أنَّه غيرُ معتمدٍ، وأيُّ تأذٍّ أشدُّ مِن مجالسةِ العدوِّ والكلامِ في زحامٍ لا يُحتمَلُ عادةً كما هو ظاهرٌ؛ لما فيه مِن زيادةِ المشقَّةِ.

أو كان هناكَ منكرٌ ولو في اعتقادِ المَدْعو فقَطْ؛ كفرش حريرٍ للرِّجالِ، وشُربِ نبيـذٍ، نعَمْ يجوزُ الحضـورُ إذا اعتقَدَ الفاعلُ الجوازَ كالحنفيِّ في المثاليْنِ، لكنَّه إذا حضَرَ لا ينكِرُ كما هو معلومٌ مِن قاعدةِ أنَّ شرْطَ الإنكارِ كونُ المنكَرِ مُجمعًا عليه، أو يعتقِدُ الفاعلُ حرمتَه.

وقضيَّةُ ذلكَ: سـقوطُ الوجوبِ دونَ الجوازِ فيما لو كان هناكَ مالكيٌّ يتطهَّرُ بالمستعملِ، أو حنفيٌّ يترُكُ الطُّمأنينةَ في الصَّلاةِ، ولو كان الفاعلُ يَرَى التَّحريمَ دونَ المَدْعـو، فالوجْهُ سـقوطُ الوجوبِ وحرمةُ الحضـورِ، إذ حضورُ المنكرِ ولـو في اعتقادِ الفاعـلِ فقَطْ لغيرِ إنـكارِه حرامٌ؛ لأنَّ فيه إقـرارًا على المعصيةِ، وهو حرامٌ، فليُتأمَّلْ.

---

(١) «قوت المحتاج» (٦/ ١٣٧).

(٢) «الحاوي الكبير» (٩/ ٥٥٩).

(٣) «بحر المذهب» (٩/ ٥٣٢).

(٤) «طرح التثريب في شرح التقريب» (٧/ ٧٧).

وفي «الأنوار»(١): أنَّ مِن المُنكرِ المُسـقطِ للإجابةِ كونُ النِّساءِ على السُّقوفِ والمرافقِ.

وقضيَّةُ كونِ ذلكَ منكرًا تحريمُ الحضورِ كحُرمةِ حضورِ المنكرِ لغيرِ إزالتِه، لكـن لا يبعُـدُ أنَّ محلَّهَ إذا ظنَّ تعمُّدَ نظرِهِنَّ إلـى الرِّجالِ الأجانبِ، وإلَّا جازَ، لكن هل يسقُطُ الوجوبُ حينئذٍ لأنَّ حضورَهُنَّ مظنَّةُ المَعصيةِ؟ فيه نظرٌ.



(١) «الأنوار» (٢/ ٤٥٢ - ٤٥٣).

(فَصْلٌ)
فِي حُكْمِ القَسْمِ بَيْنَ الزَّوْجَاتِ وَنُشُوزِهِنَّ

(**وَالتَّسْوِيَةُ فِي القَسْمِ**) بفتحِ القافِ (**بَيْنَ الزَّوْجَاتِ**) يعني الزَّوجتيْنِ فأكثَرَ ولو إمـاءً وكتابيَّاتٍ ومُراهقاتٍ وذواتِ رَتقٍ وحَيضٍ وإحـرامٍ وإيلاءٍ وظهارٍ وجُذامٍ وبَـرَصٍ ومَرضٍ وجنونٍ أمِنَ شـرَّهُ (**وَاجِبَـةٌ**) على كلِّ زوجٍ عاقـلٍ، ولو مُراهقًا وسـفيهًا، فإن وقَعَ جورٌ مِـن المراهقِ فالإثْمُ على وليِّه، أو مِن السَّـفيهِ فعليه إن أرادَ المَبيتَ ولو عندَ بعضِهنَّ، وإلَّا فهو لا يلزَمُه ابتداءً، كما أشـارَ إليه باقتصارِه علـى وجوبِ التَّسـويةِ فيه، فله الإعـراضُ عنهنَّ ابتداءً وبعدَ التَّسـويةِ فيه بينَهُنَّ مدَّةً؛ لأنَّ المَبيتَ حقُّه فله ترْكُه وإن كان المُستحَبُّ خلافَه.

وكالـزَّوجِ وليُّ مجنونٍ أُمِنَ ضـرَرُه عندَ وجودِ المصلحـةِ، كأنْ ينفَعَه الجماعُ بقـولِ أهْـلِ الخـبرةِ، أو مطالبةِ بعضِ الزَّوجـاتِ بقضاءِ حقِّها مِن قَسـمٍ وقَعَ منه، فيلزَمُه أن يطوفَ به على زوجاتِه، أو يدعُوهُنَّ إلى منزلِه أو يطوفُ به على بعضِهنَّ ويدْعُـو بعضَهنَّ إلى منزلِه بحسـبِ ما يرى، كذا قاله الشَّـيخانِ[1]، وحمَلَه شـيخُ مشـايخِنا[2] في الأخيـرةِ على ما إذا كان له عذْرٌ كما في العاقـلِ، ولو ضرَّهَ الجماعُ أو لـم يُؤمَنْ ضرَرُه لزِمَه منْعُـه، بخلافِ وليِّ صغيرٍ لا يتأتَّى منه الوطءُ، ولا يزوجُ للمعاشرةِ عادةً، فلا يجِب عليه أن يطوفَ به عليهِنَّ كما أخَذَه البُلْقِينِيُّ من كلامِهِم.

والمُرادُ بالقَسـمِ المَبيتُ عندَهنَّ، فالعمدةُ في زمانِـه هو اللَّيلُ والنهارُ قبْلَه أو بعـدَه، وهو أَوْلـى تابعٍ إلَّا في حقِّ مَـن يعمَلُ ليلًا كحـارسٍ فبالعكسِ، وفي حقِّ المسـافرِ فوقْتُ النُّزولِ ليلًا كان أو نهارًا، قليلًا كان أو كثيرًا؛ لأنَّه وقْتُ خلوتِه،

(١) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٦١)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٤٦).
(٢) «أسنى المطالب» (٣/ ٢٣٢).

ومن هنا بحَثَ الأَذْرَعِيُّ[١] والزَّرْكَشِيُّ فيمَنْ لا تحصُلُ خلوتُه إلَّا حالَ السَّيرِ في محفَّةٍ أو نحوِها أنْ يكونَ المعتبَرُ في حقِّه حالَ السَّيرِ، فيلزَمُ التَّسويةُ فيه، وإن نظَرَ فيه بعضُهم، وظاهرُه الاكتفاءُ بتوزيعِ مرَّاتِ النُّزولِ وإن تفاوَتَتْ حتَّى لو كان النُّزولُ في نوبةٍ واحدةٍ نصْفَ يومٍ وفي نوبةِ الأُخرى ربُعَه كَفَى.

وقد يُوجَّهُ بأنَّ أوقاتَ النزولِ لا تنضبِطُ وتشُقُّ مراعاةُ[٢] التَّفاوتِ فسُومِحَ فيه، ومحَلُّ هذا كما هو ظاهرٌ في نزولٍ لا يتأتَّى فيه القَسمُ الواجبُ على المقيمِ، أمَّا نزولٌ يتأتَّى فيه ذلكَ كيومينِ بليلتَيْهِما ومعَه زوجتان مثلًا، وجَبَ القَسمُ بينَهما كالمقيمِ، وامتنَعَ تخصيصُ إحداهما بجميعِ هذا النُّزولِ.

وفي حقِّ المجنونِ الذي تقطَّعَ جنونُه وانضبَطَ كيومٍ ويومٍ، فوقْتُ الإفاقةِ ليلًا كان أو نهارًا دونَ أيَّامِ الجنونِ، حتَّى لو أقامَ في الجنونِ عندَ واحدةٍ فلا قضاءَ، كذا حَكَاه الشَّيخانِ[٣] عنِ البغويِّ وغيرِه، ثُمَّ حَكَيا عن أبي الفرجِ حكايةَ وجهٍ أنَّه يَقضِي للباقياتِ، وعنِ المُتولِّي واستحسَنَاه أنَّه يُراعِي القَسمَ في أيَّامِ الإفاقةِ ويُراعِيه الوليُّ في أيَّامِ الجنونِ، ويكونُ لكلِّ واحدةٍ نوبةٌ مِن هذه ونوبةٌ مِن هذه، وصوَّبَ الزَّرْكَشِيُّ ما حكاه أبو الفرجِ ونقَلَه الأَذْرَعِيُّ[٤] عنِ النَّصِّ.

قال شيخُ مشايخِنا[٥]: ويصِحُّ حمْلُه على ما قاله المتولِّي.

فلو لم ينضبِطْ[٦] جنونُه وأبَاتَهُ الوليُّ في الجنونِ مع واحدةٍ وأفاقَ في نوبةِ الأُخرى، فقضى ما فاتَه في الجنونِ لنقْصِه، والمُرادُ بالتَّسويةِ التَّسويةُ فيما هو العمدةُ فيه بأنْ يمكُثَ عندَ كلِّ واحدةٍ جميعَ ما هو العمدةُ في نوبتِها، فيمتنِعُ

(١) «قوت المحتاج» (٦/ ١٦٤). (٢) في (ع): «مرات».
(٣) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٦٣- ٣٦٤)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٤٨).
(٤) «قوت المحتاج» (٦/ ١٦٠- ١٦١). (٥) «أسنى المطالب» (٣/ ٢٣١).
(٦) في (ع): «يضبط».

تخصيصُ بعضِهنَّ بالخروجِ فيه ولو للجماعاتِ وأعمالِ البرِّ، فتجِبُ التَّسـويةُ بينَهنَّ في الخروجِ لذلكَ أو عدمِه.

نعَمْ، يمتنِعُ الخروجُ فيه في مدَّةِ الزِّفافِ الآتيةِ مُطلقًا كما مَشَى عليه الشَّيخانِ وإن نُوزِعَـا فيه، بخلافِ التَّابعِ لا يجِبُ التسـويةُ فيه حتَّى لو مكَثَ جميعَه عندَ بعضِهنَّ في نوبتِه وترَكَ المُكثَ فيه مُطلقًا في نوبةِ البعضِ الآخَرِ ولو لغيرِ حاجةٍ فيهمـا جازَ كمـا اقتَضَى ذلكَ إطلاقُهـم. نعَمْ، ليس له الدُّخـولُ على غيرِ ذاتِ النَّوبةِ بغيرِ ضرورةٍ أو حاجةٍ على ما يأتِي بيانُه.

وأقـلُّ نوبِ القَسـمِ ليلةٌ لكلِّ واحـدةٍ، ومعلـومٌ أنَّ أوَّلَ اللَّيلـةِ هو الغروبُ وآخرُها طلوعُ الفجرِ.

وقضيَّتُـه: وجـوبُ الدُّخولِ لـذاتِ النَّوبـةِ بالغـروبِ، لكن قال الزَّرْكَشِـيُّ كالأذْرعـيِّ[1]: الوجْهُ الرُّجوعُ فيه إلى العُرفِ، وفي «البحر» كان الماسَرجسِـيُّ يقـولُ: يدخُـلُ إذا غرَبَـتْ ويخـرُجُ إذا طلعَـتْ. فقيلَ لـه: هلَّا اعتبَـرْتَ طلوعَ الفجرِ؟ فقال: لأنَّ مراعاتَه تشُقُّ.

وعلـى الأوَّلِ فينبَغِـي أنْ يكـونَ ما بعدَ الغـروبِ ممَّا لا يجِـبُ الدُّخولُ فيه حُكمُـه حُكـمُ النَّهارِ في عدمِ وجوبِ التَّسـويةِ فيـه وامتناعِ الدُّخـولِ لغيرِ ذاتِ النَّوبةِ على ما سيأتِي.

ويجـوزُ ليلتـانِ وثـلاثٌ، ولا يجوزُ مـا زادَ ولا بعضُ ليلـةٍ ولا ليلةٌ وبعضُ أُخرى، نعَمْ لو كان فيهِنَّ مَن فيها رقٌّ واسـتحَقَّتِ القَسـمَ بأنِ استحَقَّتِ النَّفقةَ، كان للحُرَّةِ مثْلَاها.

---

(١) «قوت المحتاج» (٦/ ١٦٤).

ثُمَّ إن رضِينَ بالابتداءِ بواحدةٍ فذاكَ، وإلَّا وجبَتِ القُرعةُ، فيبدَأُ بمَنْ خرَجَتْ قرعتُهـا، فإذا تمَّتْ نوبتُها أقرَعَ بينَ الباقياتِ، ثُمَّ بينَ الباقيتيْنِ، فإذا تمَّتِ النّوبُ راعَـى التَّرتيـبَ، ولا يحتاجُ إلى إعـادةِ القُرعةِ، ولو بدأَ بواحـدةٍ بلا قُرعةٍ فقد ظلَمَ، ويقرعُ فإذا تمَّتِ النّوبُ أقرَعَ للابتداءِ.

ولا تجـبُ التَّسـويةُ لمجنونةٍ لا يُؤمَنُ ضرَرُها وإن وجبَـتْ نفقتُها كما بحَثَه الزَّرْكَشِـيُّ، ولا لمَنْ تخلَّفَتْ عنِ السَّـفرِ معَه لمرَضِها وقد سافَرَ بالباقياتِ وإن استحَقَّتِ النَّفقةَ كما قاله المَاوَرْدِيُّ، ولا لصغيرةٍ كما بحَثَه البُلْقِينِيُّ.

وينبَغِي تقييدُه بمَنْ لا نفقَةَ لها، ولا لمحبوسـةٍ بغيرِ حقٍّ أو في دَينٍ اسـتدانَتْه بغيرِ إذْنِ الزَّوجِ، سـواءٌ ثَبَتَ بإقرارِها أم بالبيِّنةِ كما لا نفقَةَ لها، ولا لمُعتدَّةٍ عن وَطءِ شُـبهةٍ كمـا في «أصْلِ الرَّوضَةِ»[1] عنِ المُتولِّي مِـن غيرِ مخالفةٍ، وعلَّلَه في «التَّتمَّةِ» بحرمةِ الخلوَةِ بها.

قال في «المطلبِ»: وهو تفريعٌ على المشهورِ مِن تحريمِ الاستمتاعِ بها، ولا لناشزَةٍ كما سيأتِي.

وخرَجَ بالزَّوجاتِ: الزَّوجةُ الواحدةُ، فلا يجِب المبيتُ عندَها لكنْ يُستحَبُّ، وأدْنَـى درجاتِها ألَّا يخلِّيَها كلَّ أربعِ ليالٍ عن ليلةٍ اعتبارًا بمَنْ له أربعُ زوجاتٍ، والإماءُ وإن كنَّ مستولداتٍ وإن كان معهُنَّ زوجاتٌ، فلا تجِبُ التَّسويةُ بينَهنَّ، لكن تُستحَبُّ؛ لئلَّا يحقِدَ بعضُ الإماءِ على بعضٍ، وتحصينًا لهُنَّ.

(**وَلَا يَدْخُـلُ**) أي: لا يجـوزُ أن يدخُلَ الزَّوجُ (**عَلَى غَيْرِ المَقْسُـومِ لَهَا**) أي: غيـرِ ذاتِ النَّوبةِ مِن القَسـمِ فيما هو العمدةُ في حقِّها (**لِغَيْـرِ**) ضرورةٍ كمَرضِها

(١) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٦١).

المخوفِ ولو ظنًّا. قال حُجَّةُ الإسلامِ: أو احتمالًا، وكحريقٍ ونَهبٍ[1] وشدَّةِ طلْقٍ، فيجوزُ دخولُه ليتبيَّنَ الحالَ لعذْرِه.

ولا فيما هو تابعٌ لغيرِ (حَاجَةٍ) كوضعِ متاعٍ وتسليمِ نفقةٍ، فإن دخلَ كذلكَ أثم مُطلقًا، ولزِمَه القضاءُ إن طالَ مُكثُه، وإلَّا فلا، بخلافِ ما إذا دخلَ في الأوَّلِ لضرورةٍ أو في الثَّاني لحاجةٍ فلا إثمَ مُطلقًا ولا قضاءَ إلَّا إن طالَ مُكثُه كما في «المهذَّبِ»[2] وغيرِه.

ولا ينافِيه ما اقتَضَاه كلامُ الشَّيخيْنِ[3] في الثَّاني من أنَّه لا قضاءَ مُطلقًا لجوازِ حمْلِه على إطالةٍ فوقَ الحاجةِ، وكلامُهما على إطالةٍ بقدْرِها كما ذكَرَه شيخُ مشايخِنا وأشارَ إليه المُحقِّقُ المَحلِّي في «شرحِ المنهاجِ»، ولا يخْفَى أنَّ المتبادِرَ مِن القضاءِ حيثُ وجَبَ قضاءُ الجميعِ حتَّى في الثَّاني لا ما زادَ على قدْرِ الحاجةِ فقَطْ.

ولا يلزَمُه قضاءُ الوَطءِ وإن طالَ زمَنُه بخلافِ زمنِه إن طالَ، وله في الثَّاني الاستمتاعُ بغيرِ الوَطءِ وحيثُ وجَبَ القضاءُ لم يسقُطْ بطلاقِ المظلومةِ أو المظلومِ بها، فعليه بعدَ تجديدِ النِّكاحِ أو الرَّجعةِ القضاءُ، فلا يجِبُ قبلَ إعادةِ المظلومِ بها كما قاله المُتولِّي، وهو أوجَهُ مِن بحْثِ الغَزَاليِّ الوجوبَ، نعَمْ الأوْجَهُ وجوبُ الإعادةِ عندَ القدرةِ عليها لتوقُّفِ التَّوبةِ الواجبةِ عليها، ولا ينافِيه إطلاقُ الأصحابِ سنَّ الرَّجعةِ في الطَّلاقِ البدعيِّ الذي مِن صُورِه هذا؛ لأنَّه مخصوصٌ بغيرِه أخذًا مِن إطباقِهم على وُجوبِ كلِّ ما يتوقَّفُ عليه التَّوبةُ مِن المقدوراتِ، ولهذا أخرَجَ بعضُ المتأخِّرين مسألتَنَا من ذلكَ الإطلاقِ.

---

(١) في (ع): «نهب».

(٢) «المهذب في فقه الإمام الشافعي» (٢/ ٤٨٤).

(٣) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٦٥)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٤٩).

ويأثَمُ بطلاقِ مَن لم تستوْفِ حقَّهَا إذا حضَرَ وقتُه، خلافًا لابنِ العِمادِ في الطَّلاقِ الرَّجعِيِّ لِما صرَّحَ به الشَّيخانِ[1] مِن أنَّ هذا مِن الطَّلاقِ البِدعيِّ، ولم يُفرِّقُوا فيه بينَ الرَّجعِيِّ وغيرِه، نعَمْ قيَّدَ ابنُ الرِّفْعَةِ التَّحريمَ بما إذا لم يكُنْ بسؤالِها، وإلَّا فلا، قال: كما قيلَ به في الطَّلاقِ في زمَنِ الحيضِ على رأيٍ. انتَهى.

ويجِبُ أنْ يوالِيَ القضاءَ، وألَّا يكونَ في نوبةِ غيرِ الظَّالمةِ.

(وَإِذَا أَرَادَ) الزَّوجُ[2] **(السَّفَرَ)** لغيرِ نقلةٍ ولو قصيرًا وأرادَ أن يستَصحِبَ بعضَهُنَّ معَه، ويُخلِّفَ الباقياتِ جازَ له ذلكَ إن كان السَّفرُ مباحًا، و**(أَقْرَعَ بَيْنَهُنَّ، وَخَرَجَ بِالَّتِي تَخْرُجُ لَهَا الْقُرْعَةُ)** لكن يلزَمُه القضاءُ لمُدَّةِ الإقامةِ التي ينقطِعُ بها سفَرُ القَصرِ إن ساكَنَ المصحوبَةَ فيها، بخلافِ ما إذا لم يُساكِنْها، وبخلافِ مدَّةِ السَّفرِ ذهابًا وإيابًا، فلا قضاءَ في ذلكَ، نعَمْ لو نَوَى إقامةً بمَحلٍّ في أثناءِ طريقِه فهل يقْضِي مدَّةَ الذَّهابِ؟ فيه احتمالانِ ذكَرَهما الشَّيخانِ[3].

ولوِ استصحَبَ منهُنَّ اثنتيْنِ إحداهما بقُرعةٍ والأُخرى بدونِها قَضَى للمُتخلِّفاتِ مِن نَوبةِ[4] صاحبةِ القُرعةِ، إلَّا مقدارَ الزِّفافِ إذا كانت جديدةً؛ لأنَّها تختَصُّ به.

ولو كتَبَ إليهِنَّ عندَ نيَّةِ الإقامةِ ليحضُرْنَ إليه فهل يقْضِي المدَّةَ مِن وقْتِ كتابتِه؟ وجهانِ بلا ترجيحٍ في «الرَّوضَةِ»[5] و«أصْلِها»[6]، صحَّحَ منهما البُلْقِينِيُّ الأوَّلَ،

---

(١) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٧٨)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٦١).

(٢) «الزوج» جاءت في (ع) من المتن.

(٣) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٧٩)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٦٣).

(٤) في (ج)، (ن): «نوبة غير».

(٥) «روضة الطالبين» (٧/ ٣٦٤).

(٦) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٨٣).

بـل صوَّبَه، وكأن الثَّاني يجعلُ الكتابةَ إليهِنَّ دافعةً لمَزيةِ مسـاكنةِ المصحوبةِ؛ لِما فيها مِن الإقبالِ عليهِنَّ ومراعاتِهِنَّ، فكانَتِ المُساكنةُ حينئذٍ عفوًا.

وخـرَجَ بغيـرِ النَّقلةِ: سـفَرُ النَّقلةِ، فلا يجـوزُ له أن يسـتصحِبَ بعضَهُنَّ ولو بقُرعـةٍ، كمـا لا يجوزُ لـه أن يخلفهُـنَّ[1] لإضرارِهِنَّ، بـل يلزَمُـه أن ينقُلَهنَّ أو يُطلِّقَهـنَّ أو ينقـلَ بعضَهنَّ ويطلِّقَ الباقيَ، فإن اسـتصحَبَ بعضَهـنَّ ولو بقرعةٍ قَضَى للمُتخلِّفاتِ حتَّى مدَّةَ السَّفرِ.

ولو سـافَرَ بقصْدِ النَّقلـةِ ثُمَّ غيَّرَ قصْـدَه إلى غيرِها، فهل يسـقُطُ عنه القضاءُ والإثْـمُ بذلكَ؟ وجهـانِ ذكَرَهما الشَّـيخانِ[2] بلا ترجيحٍ، وقال الزَّرْكَشِـيُّ: إنَّ نصَّ «الأمِّ» يقتَضِي الجَزمَ بعَدمِ السُّقوطِ[3].

وبالمبـاحِ والإقراعِ: اسـتصحابُ بعضِهـنَّ في غيرِ المباحِ ولـو بقرعةٍ، أو في المباحِ بلا قرعةٍ، فلا يجوزُ ويلزَمُه القضاءُ.

وهل يلزَمُه قضاءُ جميعِ مدَّةِ السَّـفرِ وإن لم يخالِطِ المصحوبةَ فيه أو خلَّفَها في بلدٍ؟ فيه تردُّدٌ نقَلَه الشَّيخانِ[4] عن «فتاوي» البَغويِّ رجَّحَ منه البُلْقِينيُّ الأوَّلَ.

ولا يجوزُ له نقلُ بعضِهِنَّ بنفْسِه وبعضِهنَّ بوكِيله إلَّا بالقُرعةِ، وعليه القضاءُ لمَنْ مع الوكِيلِ وإن أقْرَعَ.

ويجِبُ عليهِنَّ السَّـفرُ بطلَبِه لنقلةٍ أو غيرِها وإن عَصَى بسـفرِه إذ لم يدْعُهنَّ للمعصيةِ، بل لاسـتيفاءِ حقِّه بشـرطِ أمْنِ الطَّريقِ وموضـعِ الإقامةِ، وكذا كونُه

(١) في (ع): «يخلعهن».
(٢) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٨٠ - ٣٨١)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٦٢).
(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٢٣٧).
(٤) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٨١)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٦٢).

ليس دارَ كفرٍ كما قاله بعضُهم، وكونُه صالحًا لسُكْنى مثْلِها، كالمنزلِ بالبلدِ كما قاله الأَذْرَعِيُّ[1]، قال: ويلزَمُهنَّ ركوبُ البَحرِ عندَ غلبةِ السَّلامةِ أيضًا قطعًا، ولوِ امتنعْنَ مِن السَّفرِ لمَرضٍ يمنَعُ منه لم يأثَمْنَ، فلا تسقُطُ نفقَتُهنَّ لكن لا قَسمَ لهنَّ؛ لأنَّ الامتناعَ مِن جهتِهنَّ وإن عُذرْنَ فيه، قاله المَاوَرْدِيُّ[2].

(**وَإِذَا تَزَوَّجَ**) أحدٌ (**جَدِيدَةً**) ولو أمَةً أو كتابيَّةً وفي عِصمتِه أُخرى فأكثرُ، يبيتُ عندَها كما يُرشدُ إليه التَّعبيرُ بالتَّخصيصِ في قوله: (**خَصَّهَا**) وُجوبًا (**بِسَبْعِ لَيَالٍ**) مع أيَّامِهِنَّ متواليةً يبيتُها عندَها، وإنَّما عبَّرَ باللَّيالي إشارةً إلى أصالتِها في زمانِ القَسمِ كما تقدَّمَ (**إِنْ كَانَتْ بِكْرًا**) بحيثُ يُكتَفَى بسكوتِها في الإذْنِ في النِّكاحِ وإن زالَتْ بكارتُها بغيرِ وطءٍ.

(**وَبِثَلَاثٍ**) مِن الليالي مع أيَّامِها متواليةٍ يبيتُها عندَها (**إِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا**) بحيثُ لا يُكتَفَى بسكوتِها في الإذْنِ، بلا قضاءٍ للباقياتِ فيها كما فُهِمَ مِن التَّعبيرِ بالتَّخصيصِ، فلو فرَّقَ ما ذُكِرَ مِن السَّبعِ أو الثَّلاثِ لم يُحسَبْ، ووَجَبَ استئنافُه وقضاءُ المفرَّقِ بعدَ ذلكَ للباقياتِ، ولو خَصَّ الثَّيِّبَ بسبعٍ فإن كان بطلَبِها وجَبَ قضاءُ السَّبعِ للباقياتِ، أو كان بغيرِ طلَبِها أو خصَّهَا بدونِ السَّبعِ كخمسٍ أو ستٍّ، أو البكرَ بعشرٍ ولو بطلَبِها فيهما قَضَى الزَّائدَ على الثَّلاثِ فقَطْ في غيرِ الأخيرةِ وعلى السَّبعِ فيها؛ لأنَّها لم تطمَعْ في حقٍّ مَشروعٍ لغيرِها بخلافِ الثَّيِّبِ إذا طلَبَتِ السَّبعَ.

وهل طلَبُ الثَّيِّبِ العشْرَ بمنزلةِ طلَبِها السَّبعَ؛ لأنَّها في ضمْنِها فقد طمِعَتْ في حقِّ الغيرِ في ضمْنِ ما طلبَتْه، أو لا؛ لأنَّ خُصوصَ ما طلبَتْه ليس حقًّا لغيرِها؟

---

(١) «قوت المحتاج» (٦/ ١٨١).

(٢) «الحاوي الكبير» (٩/ ٥٩٠).

وهل له إجابتُها إلى ما دونَ السَّبعِ لأنَّه بعضُ ما له إجابتُها إليه، أو لا؛ لتضرُّرِ الباقي مِن حيثُ إنَّه لا يقْضِي الجميعَ؟

فيه نظرٌ، ولا يبعُدُ القولُ بالأوَّلِ فيهما.

ويُسَنُّ تخييرُ الثَّيِّبِ بينَ ثلاثٍ بلا قضاءٍ وسبعٍ بقضاءٍ.

ودخلَ في الجديدةِ: المُستفرشَةُ إذا أعتَقَها سيِّدُها وتزوَّجَها، والمُبانَةُ منه إذا جدَّدَ نكاحَها، بخلافِ الرَّجعيَّةِ إذا راجَعَها لبقائِها على النِّكاحِ، وبخلافِ الجديدةِ إذا لم يكُنْ في عصمتِه غيرُها كما هو ظاهرُ كلامِ الأصحابِ كما قاله المُتولِّي[1] في «شرحِ مسلمٍ»[2]، ونقَلَه الشَّيخانِ[3] عن «فتاوي البغويِّ» وأقرَّاه، وإن كان الأقوى المختارُ في «شرحِ مسلمٍ»[4] أنَّه لا فرْقَ، ويوافِقُه ما في «أصْلِ الرَّوضَةِ»[5] أنَّه لو نكَحَ جَديدتيْنِ ولم يكُنْ في نكاحِه غيرُهما، وجَبَ لهما حقُّ الزِّفافِ زُفَّتَا معًا أو على التَّرتيبِ.

قالَ في «المُهمَّاتِ»[6]: وهذه هي تلكَ بعينِها إلَّا أنَّ تلكَ في امرأةٍ وهذه في امرأتيْنِ، ولا أثَرَ لذلكَ. انتَهَى.

وعلى الأوَّلِ تُحمَلُ هذه على ما إذا أرادَ القَسمَ للجَديدتيْنِ، وظهَرَ عليه أيضًا أنَّه لا يكْفِي مُجرَّدُ وُجودِ غيرِها في نكاحِه، بل لا بدَّ أيضًا مِن المبيتِ عندَها أو قصْدِه ذلكَ كما هو ظاهرٌ.

---

(١) كذا في النسخ، والإمام المتولي لا يعرف له شرح على مسلم، ولعل المقصود النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

(٢) «شرح النووي على مسلم» (١٠/ ٤٤).

(٣) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٧١)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٥٤).

(٤) «شرح النووي على مسلم» (١٠/ ٤٤).

(٥) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٧٤).

(٦) «المهمات» (٧/ ٢٤٤).

(وَإِذَا خَافَ) الزَّوجُ (نُشُوزَ المَرْأَةِ) وسيأتي بيانُه أي: جُوِّزَ وجودُه ولو مآلًا كما هو ظاهرٌ لظهورِ أماراتِه قولًا أو فعلًا؛ كأن تُجيبَه بكلامٍ خشنٍ بعدَ أن كان بلينٍ، أو يجِدَ إعراضًا وعبوسًا بعدَ لطفٍ وطلاقةِ وجهٍ (وَعَظَهَا) ندبًا، بلا هَجرٍ ولا ضربٍ فلعلَّها تُبْدِي عذرًا، أو تتوبَ عمَّا جَرَى منها مِن غيرِ عذرٍ، فيقولُ مثلًا: اتَّقِ اللهَ في الحقِّ الواجبِ لي عليكِ، واحذَرِي العقوبةَ، ويُبيِّنُ لها أنَّ النُّشوزَ يُسقِطُ النَّفقةَ والقَسمَ، ويُندَبُ أن يذكُرَ لها ما رواه الشَّيخانِ[1]: «**إِذَا بَاتَتِ المَرْأَةُ هَاجِرَةً فِرَاشَ**[2] **زَوْجِهَا لَعَنَتْهَا المَلَائِكَةُ حَتَّى تُصْبِحَ**»، وما رواه التِّرمذيُّ[3]: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ مَاتَتْ**[4] **وَزَوْجُهَا رَاضٍ عَنْهَا دَخَلَتِ الجَنَّةَ**».

(فَإِنْ أَبَتْ) كلَّ شيءٍ يتعلَّقُ بالزَّوجِ (إِلَّا النُّشُوزَ) مُطلقًا أو مقيَّدًا من غيرِ إقامةٍ وإصرارٍ وعَظَها و(هَجَرَهَا) إن شاءَ في المضجعِ لا في الكلامِ، فيُكرَهُ الهجْرُ فيه بل يحرُمُ فيما زادَ على ثلاثةِ أيَّامٍ، وقيَّدَه جمْعٌ منهم الأَذْرَعيُّ[5] بما إذا قصَدَ به ردَّهَا لحظِّ نفْسِه، فإن قصدَ به ردَّهَا عنِ المَعصيةِ وإصلاحَ دِينِها لم يحرُمْ. قال: ولعلَّ هذا مرادُهم؛ إذِ النُّشوزُ حينئذٍ عُذرٌ شَرعيٌّ.

علـى أنَّ البُلْقِينِيَّ وتبِعَه غيرُه نازَعَ في أصْلِ تحريمِ هجْرِها في الكلامِ بأنَّ الحديثَ إنَّما هو في الهَجْرِ بلا تَعَدٍّ، والنُّشوزُ تَعَدٍّ يُسلِّطُ على الضَّربِ فعلى السُّكوتِ أَوْلى.

ويحرُمُ الهَجْرُ فيما زادَ على الثَّلاثةِ لغيرِ الزَّوجةِ أيضًا، إلَّا لمُبتدعٍ وفاسقٍ ولو غيرَ مُتجاهرٍ، ومَن يُرجَى بهجْرِه صلاحُ دِينِه أو دِينِ الهاجِرِ ونحْوِهم.

---

(١) «صحيح البخاري» (٥١٩٤)، و«صحيح مسلم» (١٤٣٦) (١٢٠) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٢) في (ج): «الفراش».

(٣) «جامع الترمذي» (١١٦١) من حديث أم سلمة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا.

(٤) في (ج)، (هـ)، (ن)، (ك): «باتت».

(٥) «قوت المحتاج» (٦/ ١٩١).

وأفهَمَ اقتصارُه على الهَجْرِ أنَّه لا يضرِبُها، وهو ما رجَّحَه الرَّافعيُّ في «المُحرَّرِ»، لكنِ الأظهَرُ عندَ النَّوويِّ في «المنهاجِ»[1] وغيرِه مِن زياداتِه جوازُ الضَّربِ إن أفادَ في ظنِّهِ.

(**فَإِنْ أَقَامَتْ عَلَيْهِ**) أي: أصَرَّتْ على النُّشوزِ (**ضَرَبَهَا**) أيضًا إن أفادَ، ولا يأتِي بضَرْبٍ مُبَرِّحٍ ولا مُدْمٍ، ولا على الوجْهِ والمَهالِكِ.

قال في «البحرِ»[2]: ويضرِبُها بمنديلٍ ملفوفٍ أو بيده، لا بسَوطٍ وعَصًى. انتَهَى.

والقياسُ جوازُ الضَّربِ بها كسائرِ التَّعازيرِ، والأَوْلى له العَفْوُ، بخلافِ وليِّ الصَّغيرِ حيثُ كان الأَوْلى له عدمُ العَفْوِ؛ لأنَّ المَصلحةَ هناكَ تعودُ إلى المَضروبِ.

ويضمَنُ ما تولَّدَ مِن ضرْبِها.

ولو ضرَبَها وادَّعى أنَّه بسببِ نُشوزٍ وادَّعَتْ عدَمَه ففيه في «المطلبِ» احتمالان، قال: والذي يَقْوَى في ظنِّي أنَّ القولَ قولُه؛ لأنَّ الشَّرعَ جعَلَه وليًّا في ذلكَ، وظاهرٌ أنَّ قبولَ قولِه بالنِّسبةِ لجوازِ ضرْبِها دونَ غيرِه كسقوطِ نفقتِها.

وله تأديبُها على شتْمِها له وإن لم يكُنْ نشوزًا كما سيأتِي، ولا يرفَعُها للحاكمِ؛ لأنَّ فيه عارًا وتوحيشًا للقُلوبِ، بخلافِ ما لو شتَمَتْ أجنبيًّا، نعَمْ يتعيَّنُ الرَّفعُ إلى الحاكمِ إذا كان بينَهما عداوةٌ كما بحَثَه الزَّرْكَشِيُّ[3].

(**وَيَسْقُطُ بِالنُّشُوزِ**) وهو خروجُ الزَّوجةِ عن طاعةِ الزَّوجِ؛ كأنْ خرَجَتْ مِن مسكَنِه بغيرِ إذْنِه، لا لاكتسابِ النَّفقةِ عندَ إعسارِ الزَّوجِ، ولا للحاكمِ بطلَبِ حقِّها، ولا للمُفتي لاستفتائِهِ[4] إذا لم يكُنِ الزَّوجُ فقيهًا ولم يستَفْتِ لها، ولا

---

(١) «منهاج الطالبين» (ص ٢٢٥).
(٢) «بحر المذهب» (٩/ ٥٦٦).
(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٢٣٩).
(٤) في (ج): «باستفتائه».

لخُلـوِّ البلدِ وارتحالِ أهلِها إذا كان الـزَّوجُ غائبًا وخرَجَتْ مع النَّاسِ، ولا لنحوِ ذلـكَ، أو أرادَ الدُّخولَ إليها فلم تفتَحْ له البابَ، أو لم تُمكِّنْه مِن نفسِـها لا على وجْـهِ الـدَّلالِ، أوِ ادَّعَـتِ الطَّلاقَ أو سـافَرَتْ وحْدَهـا بلا إذْنِـه ولا لغَرَضِه، أو امتنَعَـتْ مِن إتيـانِ بيتِه ولو لاشـتغالِها بحاجتِها وقد دَعَا جميـعَ زوجاتِه إليه لا بعضَهنَّ، ولا إلى منزلِ إحداهُنَّ ولا بسببِ مَرَضِها، أو كونِها مقعدَةً أو مقطوعةَ الرِّجـلِ، قال المَـاوَرْدِيُّ[1]: أو ذاتَ قدْرٍ وخَفرٍ لم تعتَدِ البُـروزَ. قال الأَذْرَعِيُّ: وهو حسنٌ وإن استغرَبَه الرُّويانِيُّ.

وكالمَرض خَوفُ الطَّريقِ.

وهـل المَطرُ والوَحلُ الشَّـديدُ ونحْوُهما كالمَرضِ؟ قـال بعضُهم: فيه نظرٌ. قـال: نعَمْ، لـو بعَثَ لها مركوبًا ووقايـةً مِن المَطرِ فلا عُذرَ لهـا، ويختلِفُ ذلكَ باختلافِ طبقاتِ النَّاسِ وعاداتِهم. انتَهَى.

ولو شتَمَتْه أو آذَتْه بلسانِها أو غيرِه لم يكُنْ نشوزًا، وإن استحَقَّتِ التَّأديبَ.

(**قَسْـمُهَا وَنَفَقَتُهَا**) وكسـوتُها ولو مجنونةً وإن لم تأثَمِ المَجنونةُ، وإذا عادَتْ إلى الطَّاعةِ لا يجِبُ القضاءُ.

وكالنُّشـوزِ في سُقوطِ ما ذُكِرَ: سـفَرُها وحدَها بإذْنِه لغرضِها، بخلافِه لغَرضِه فيَقْضِي لها مِن نُوبِ الباقياتِ، وبخلافِ سَـفرِها معَه فتسـتحِقُّ القَسـمَ والنَّفقةَ، ولو ظهَرَ زناها فقال الأَذْرَعِيُّ[2] نقلًا عن «تجربةِ» الرُّويانِيِّ: حلَّ له منعُ قَسـمِها وحُقوقِها لتفتدِيَ منه، نصَّ عليه في «الأمِّ»، وهو أصحُّ القولَيْنِ. انتَهَى.

---

(١) «الحاوي الكبير» (٩/ ٥٧٩).

(٢) «قوت المحتاج» (٦/ ١٩٢- ١٩٣).

(فَصْلٌ)
في الخُلْعِ

بضـمِّ الخاءِ، وهو فرقةٌ بعِوضٍ مقصودٍ راجعٍ للزَّوجِ أو سـيِّده كما يُعلَمُ ممَّا سيأتي.

(**وَالخُلْعُ جَائِزٌ**) أي: نافذٌ ولو في حالِ الوفاقِ وعلى غيرِ الصَّداقِ ولو أكثرَ منه، لكن تُكرَهُ الزِّيادةُ عليه كما قاله في «الإحياءِ»، نعَمْ هو مكروهٌ إلَّا عندَ الشِّقاقِ أو خـوفِ تقصيرٍ مِن أحدِهمـا في حقِّ الآخَرِ، أو كراهةِ الزَّوجةِ للزَّوجِ لنحوِ سـوءِ خُلُقِـه أو دِينِه، أو كراهتِه إيَّاها لزِناهـا أو نحْوِه مِن المُحرَّماتِ كما أفادَه قولُهم: «إن كرِهَها لا لزِناها» أي: ونحْوِه، فأسـاءَ عِشْـرَتَها بمَنعِ حقِّها حتَّى اختلَعَتْ لم يُكرَهِ الخُلعُ وأثِمَ بما فعَلَه.

أو لقصْـدِ التَّخلُّصِ مِن وقوعِ الطَّلاقِ الثَّلاثِ أو الثِّنتيْنِ بالفعلِ فيما لو حلَفَ بالطَّـلاقِ ثلاثًـا أو ثنتيْـنِ[1] مِـن موطـوءةٍ على فعْلِ مـا لا بدَّ مِن فعلِـه أي على ترْكِـه، فخالَـعَ ثُمَّ فعَلَ المحلوفَ عليه، وفي التُّخلُّصِ بـه فيما لو كان المحلوفُ عليـه مقيَّـدًا بمدَّةٍ؛ كأن حلَـفَ لا بدَّ أن يفعَلَ كذا في هذا الشَّـهرِ، ثُـمَّ خالَعَ قبلَ فراغِه، اضطرابٌ قويٌّ بينَ المتأخِّرين، والذي صوَّبه ابنُ الرِّفْعَةِ ثانيًا وقال شيخُ مشايخِنا[2] إنَّه الأوْجَهُ عدمُ[3] التَّخلُّصِ، بل يُنظَرُ فإن لم يفعَلْ حتَّى مَضَى الشَّهرُ تبيَّنَ حنثُه قبيلَ الخُلعِ وبُطلانُ الخُلعِ.

ويُؤيِّدُه الحنْثُ فيما لو حلَفَ ليأكُلنَّ ذا الرَّغيفَ غدًا فتلِفَ في الغدِ بعدَ تمكُّنِه مِن أكْلِه، أو أتْلَفَه قبلَ الغدِ، وفيما لو حلَفَ ليشـرَبَنَّ مِن ماءِ هذا الكُوزِ فانصَبَّ

---

(١) في (ج): «اثنتين».

(٢) «أسنى المطالب» (٣/ ٢٤١- ٢٤٢).

(٣) كتب فوقه في (ع): «معتمد».

بعدَ التَّمكُّنِ مِن شُربِه، وفيما لو حلَفَتْ أنَّها تُصلِّي اليومَ الظُّهرَ فحاضَتْ في وقْتِه بعدَ تمكُّنِها مِن فعْلِه ولم تفعَلْ.

ولا يُخالِفُه ما قاله الشَّيخانِ(١) فيما لو قال: «إن لم تخرُجِي اللَّيلةَ مِن هذه الدَّارِ فأنْتِ طالقٌ»، فخالَعَ مع أجنبيٍّ مِن اللَّيلِ وجدَّدَ النِّكاحَ ولم تخرُجْ أنَّه لا يحنَثُ؛ لأنَّ اللَّيلَ كلَّهُ محلُّ اليمينِ، فلم يمْضِ وهي زوجتُه.

وفيما لو كان معَه تُفَّاحتانِ فقال لزوجتِه: «إن لم تأكُلِي هذه التُّفاحةَ اليوم فأنْتِ طالقٌ»، ولأمَتِه: «إن لم تأكُلِي هذه الأُخرى اليومَ فأنْتِ حرَّةٌ» فاشتبَهَتَا، أنَّه يتخلَّصُ بأنْ يخلعَها ذلكَ اليومَ ثُمَّ يعيدَها، ويبيعَ الأمَةَ ثُمَّ يشتريَها أي: ولو بعدَ التَّمكُّنِ مِن الأكْلِ منهما.

وذلكَ لِما فرَّقَ به السُّبكيُّ بينَ «إن لم أفعَلْ» و«لأفعلَنَّ»: بأنَّ الأوَّلَ تعليقٌ على العدمِ، ولا يتحقَّقُ إلَّا بالآخرِ، فإذا صادفَها الآخرُ بائنًا لم تطلُقْ كما في فرعَي الشَّيخَيْنِ، إذ ليس لليمينِ هنا إلَّا جهةُ حنثٍ، فإذا فعَلَ لا نقولُ: برَّ، بل لم يحنَثْ؛ لعدمِ شرطِه.

وأمَّا «لأفعلَنَّ» كما في مسألتِنا فالفعْلُ مقصودٌ، وهو إثباتٌ جزئيٌّ وله جهةُ برٍّ، وهي فعْلُه وجهةُ حنثٍ بالسَّلبِ الكليِّ الذي هو نقيضُه، والحِنثُ بمناقضَةِ اليمينِ وتفويتِ البرِّ، فإذا التزَمَه وفوَّتَه بخلعٍ مِن جهتِه حنِثَ لتفويتِه البرَّ باختيارِه، وعليه فالصِّيغُ أربَعٌ: اثنتانِ يفيدُ فيهما الخلْعُ، وهما الحلِفُ على النَّفْيِ كـ«لا أفعَلُ كذا»، والحلِفُ على الإثباتِ معلَّقًا بما لا إشعارَ له بالزَّمانِ، كـ«إن لم أفعَلْ كذا»، واثنتانِ لا يفيدُ فيهما الخلْعُ، وهما: الحلِفُ على الإثباتِ معلَّقًا بما يشعِرُ بزمانٍ كـ«إن لم أفعَلْ كذا»، والحلِفُ بـ«لأفعلَنَّ» ونحوِها.

(١) «الشرح الكبير» (٩/ ١٥٧)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٢٠٣).

قال السُّبكيُّ: وقياسُ هذا أنَّه إذا كان التَّعليقُ في أكْلِ الرَّغيفِ بالصِّيغةِ المذكورةِ بأن قال: «إن لم آكُلْ هذا الرَّغيفَ غدًا فأنْتِ طالقٌ» فأتْلَفَه، أو تلِفَ بعدَ التَّمكُّنِ مِن أكْلِه مِن الغدِ قبلَ فراغِ النَّهارِ لا يحنَثُ، وما أظُنُّ الأصحابَ يسمَحُون بذلكَ. انتَهى.

قال في «الخادمِ»: وهو كما قال. يعني: مِن أنَّهم لا يسمَحُون بذلكَ.

قال: وقد صرَّحَ جماعةٌ مِن الأصحابِ بالحِنْثِ في نظيرِ ذلكَ؛ منهم صاحبُ «البيانِ»[1] فقالُوا: لو قال لعبدِه: «إن لم أَبِعْكَ اليومَ فامرأتي طالقٌ» فأعتَقَه طلُقَتِ امرأتُه.

وفي «البيانِ»[2] وغيرِه أيضًا: إذا قال: «إن لم أتزوَّجْ عليكِ فأنْتِ طالقٌ» وقيَّدَ ذلكَ بمدَّةٍ فماتَ أحدُهما، وقَعَ الطَّلاق إذا بقِيَ من حياةِ الميِّتِ ما لا يسَعُ لعقْدِ النِّكاحِ، فالحِنْثُ عندَ الأَصحابِ مُحقَّقٌ في مسألةِ الرَّغيفِ بعدَ التَّمكُّنِ مِن أكْلِه، والصِّيغةُ «إن لم آكُلْ هذا الرَّغيفَ غدًا» لِما ذكرْنا مِن كلامِهم. انتَهى.

على أنَّ ما ذكَرَه السُّبكيُّ من القياسِ ممْنوعٌ؛ لأنَّ عدمَ الحِنْثِ في نحْوِ فرعَيِ الشَّيخيْنِ لعدمِ قبولِ المَحلِّ للوقوعِ عندَ وجودِ المُعلَّقِ عليه وهو الانتفاءُ في آخِرِ جزءٍ لوجودِ البَينونَةِ حينئذٍ، وهذا المَعنَى مفقودٌ في مسألةِ الرَّغيفِ في التَّصويرِ المَذكورِ لقبولِ المَحلِّ وعدمِ إمكانِ فعْلِ المَحلوفِ عليه حينئذٍ -وهو الأكلُ- لا يجعَلُه بمنزلةِ عدمِ قبولِ المَحلِّ.

وظاهرٌ أخذًا مِن الفَرقِ أنَّ الخُلعَ يخلصُ في نحْوِ: «إن دخَلْتِ الدَّارَ فأنْتِ طالقٌ ثلاثًا»؛ إذْ ليس لليمينِ فيه إلَّا جهةُ حنثٍ، فإذا لم تدخُلْ لا نقولُ برَّ، بل

(١) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (١٠/ ١٩٨).

(٢) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (١٠/ ١٩٦).

لـم يحنَثْ لعدمِ شـرطِه، ولهذا أطلَـقَ الأصحابُ أنَّـه إذا علَّقَ الطَّـلاقَ بصيغةٍ كالدُّخـولِ ثُمَّ أبانَها بعِوضٍ أو بالثَّلاثِ ثُمَّ دخلَتْه في البينونَةِ أو بعدَها لم يحنَثْ، وأنَّـه لو كان المَحلوفُ به طلاقًا رجعيًّـا تبيَّنَ وقوعُه قُبيلَ الخُلعِ مع نفوذِ الخُلعِ بمُجامعتِه الطَّلاقَ الرَّجعيَّ.

ولا يخْفَـى أنَّ ظاهـرَ ما تقـرَّرَ مِن الفـرْقِ والتَّفصيلِ أنَّه لا فـرْقَ فيه بينَ كونِ المَحلـوفِ عليه مُقيَّدًا بمُدَّةٍ أو لا، حتَّى إذا حلَفَ بـ «لأَفعلَنَّ» ونحْوِها ولم يُقيِّدْ بمُدَّةٍ ثُمَّ خالَعَ ولم يفعَلْ تبيَّنَ باليأسِ بنحْوِ المَوتِ حنْثُه قُبيلَ الخُلعِ.

وأمَّـا الحلِفُ بـ«إذا لم أفعل» فإذا خالَـعَ بعدَ مُضيِّ إمكانِ الفعـلِ تبيَّنَ حنْثُه قُبيلَ الخُلعِ، سـواءٌ قيَّدَ بمُدَّةٍ أو لا كما هو ظاهرٌ؛ لأنَّ التَّعليقَ بها يقتَضِي الفَورَ؛ لأنَّ المَعنَى: أيُّ وقتٍ فاتَنِي الفعلُ، وفواتُه يتحقَّقُ بمُضيِّ ما ذكرَ.

وإنَّمـا يجـوزُ الخُلعُ بحيثُ تحصُـلُ البينونة إذا وقَعَ (**عَلَـى عِوَضٍ**) مقصودٍ راجعٍ لجهةِ الزَّوجِ أو سـيِّدِه؛ كأن وقَعَ على ما ثبَتَ لها عليه مِن قصاصٍ أو دَينٍ أو نحْوِهمـا، وفي «فتـاوي القَفَّالِ» أنَّه لو علَّقَ الطَّلاقَ علـى البَراءةِ ممَّا لها عليه كان بائنًـا، أو علـى البَراءةِ بما لها على غيرِه كان رَجعيًّا، حكاه عنه الرَّافعيُّ[1] في أواخِرِ تعليقِ الطَّلاقِ ولم يُخالفهْ.

ولا بدَّ في حُصولِ البَراءةِ المُعلَّقِ عليها الطَّلاقُ مِن رُشْـدِها وعلْمِها بما عليه أو علـى غيرِه، وإلَّا لـم تطلُقْ لعدمِ وُجودِ المُعلَّقِ عليه؛ إذ كلُّ مَن أبرَأَ السَّـفيهَةَ والجاهلَـةَ بالمُبْـرأ منـه غيرُ صحيحٍ، بل لا بـدَّ مِن علْمِ الزَّوجِ أيضًـا في الصُّورةِ الأُولى لكونِ البَراءةِ في مقابلةِ الطَّلاقِ.

---

(١) «الشرح الكبير» (٨/ ٤٤٧- ٤٤٨).

وكالتَّعليقِ على البَراءةِ ممَّا لها عليه: التَّعليقُ على البَراءةِ مِن صداقِها على أحدِ جوابيْنِ للقاضي، وقال ابنُ الرِّفْعَةِ وغيرُه: إنَّه الحقُّ، فيقَعُ بائنًا، لكنْ محلُّه إذا لم تتعلَّقِ الزَّكاةُ بالصَّداقِ، وإلَّا فلا وقوعَ؛ (لعَدمِ وجودِ الصِّفةِ، وهو البَراءةُ مِن جميعِ الصَّداقِ)[1] لعَدمِ صحَّتِها في قدْرِ الزَّكاةِ، بخلافِ صُورةِ البَراءةِ ممَّا لها عليه، فيقَعُ وإن تعلَّقَ بالصَّداقِ زكاةٌ لانحطاطِ ما لها عليه على ما عدا قدْرِ الزَّكاةِ، لكن لا بدَّ مِن علْمِهما به.

ولو قالَتْ: «إن طلَّقتَني فأنْتَ بريءٌ مِن صداقِي» فطلَّقَها؛ فسَدَتِ البَراءةُ للتَّعليقِ، ووقَعَ الطَّلاقُ رَجعيًّا؛ لأنَّ صُدورَ الطَّلاقِ طَمعًا في البَراءةِ مِن غيرِ لفْظٍ صحيحٍ في الالتزامِ لا يُوجِبُ عِوضًا، كذا قاله الشَّيخانِ[2] في أوائلِ البابِ الرَّابعِ مِنَ الخُلع، ثُمَّ بحَثَا وُقوعَه بائنًا بمَهرِ المِثْلِ، قالا: لأنَّه طلَّقَ طَمعًا في العِوضِ ورغِبَتْ هي في الطَّلاقِ، فيكونُ عِوضًا فاسدًا كالخَمرِ، ثُمَّ نقَلَا في آخِرِ البابِ الخامسِ[3] من الخلع في الفروعِ المنثورةِ عن «فتاوي القاضي» في عيْنِ المَسألةِ ما يُوافِقُ بحثَهما.

ولو قالَتْ: «أبرأْتُكَ مِن مهْرِي على الطَّلاقِ» فطلَّقَ؛ بانَتْ، وكذا لو قال: «قبِلْتُ الإبراءَ»؛ لأنَّ قبولَه التزامٌ[4] للطَّلاقِ بالإبراءِ، ذكَرَه الخُوارزمِيُّ في «الكافي»، ونظَرَ فيه بعضُهم.

ولو قالَتْ: «بذلْتُ صداقِيَ على طلاقِي»، فهو كـ «أبرأْتُكَ على الطَّلاقِ» كما بحَثَه بعضُهم.

ولو قال: «إنْ أبرَأْتِني مِن مهرِكِ طلَّقْتُكِ»، فأبرَأَتْهُ وطلَّقَ برِئَ، والطَّلاقُ رجعِيٌّ.

---

(١) ليس في (ع)، (هـ). (٢) «الشرح الكبير» (٨/ ٤٤٦)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٤١٦).
(٣) «الشرح الكبير» (٨/ ٤٧٥). (٤) في (ع)، (هـ): «الالتزام».

وإن قـال: «طلَّقْتُـكِ فأبرِئينِـي» طلُقَـتْ، ولا يلزَمُهـا إبـراؤُهُ، ذكَـرَ ذلكَ في «الأنوارِ»[1] وغيرِه.

ولـو قال: «إن برئْتِ مِن مهرِكِ فأنْتِ طالقٌ»، فأبرَأَتْهُ وقد أقرَّتْ به لشـخصٍ قـال بعضُهـم: يظهَرُ وقوعُـه بمَهرِ المِثْـلِ؛ كـ«إن أعطيْتِني هـذا المغصوبَ» فأعطَتْه، ونظَرَ فيه غيرُه.

ولـو قـال: «إنْ أبرَأْتِنِي مِن حقِّكِ عليَّ طلَّقْتُكِ» فقالَـتْ له: «أبرأْتُكَ» فقال: «أنْتِ طالقٌ» والحالُ أنَّها تجهَلُ المُبرأَ منه فلا شَكَّ في فسادِ البَراءةِ.

وأمَّـا الطَّـلاقُ فحاصِلُ ما يتَّجِهُ فيـه وِفاقًا لِما أفْتَى به بعضُ مشـايخِنا أنَّه إن قصَـدَ بقولِه: «أنْتِ طالقٌ» المُكافأةَ والانتقامَ لأجلِ صُـدورِ البَراءةِ الدالَّةِ على رغبتِها في فراقِه؛ وقَعَ الطَّلاقُ رجعيًّا، ولا مالَ.

وإن قال: «خاطبْتُها بالطَّلاقِ» وأرادَ إن كانَتِ البَراءةُ صحيحةً لم يقَعِ الطَّلاقُ لعَدمِ وُجودِ المُعلَّقِ عليه وهو صحَّةُ البَراءةِ، حتَّى لو فُرِضَ صحَّتُها وقَعَ رجعيًّا، وبرِئَ مِن المُبَرَّأِ منه، ويُقبَلُ قولُه في هذه الإرادةِ باطنًا، وكذا ظاهرًا للقرينةِ.

وإن لم يُرِدْ شيئًا وإنَّما ظنَّ نفوذَ البَراءةِ وصحَّتَها فأوقَعَ الطَّلاقَ ونجزَهُ لأجلِ ظنِّـه المذكورِ وطمعِهِ في صحَّةِ البَراءةِ مِـن غيرِ قصْدِ التَّعليقِ على صحَّتِها وقَعَ الطَّلاقُ، ولا مالَ عليها.

وقياسُ هذا وقوعُ الطَّلاقِ رجعيًّا في مسألةِ الشَّيخيْنِ السَّابقةِ وِفاقًا لِما ذكَرَاه فيها في البابِ الرَّابعِ كما تقدَّمَ، وهو ما اعتمدَه شيخُنا المَذكورُ وبيَّنَ أنَّه الحقيقُ بالاعتمادِ.

---

(١) «الأنوار» (٢/ ٤٧٣- ٤٧٤).

ولـو قال: «إن أبرَأْتِني فأنْتِ طالـقٌ»، فقالت: «أبرأْتُكَ»، فقال: «أنْتِ طالقٌ»، ثُـمَّ بانَ فسـادُ البَراءةِ قال شـيخُنا المذكـورُ: فالوَجهُ أنْ يكونَ ذلـكَ كما لو قال السَّيِّدُ لعَبدِه: «أنتَ حُرٌّ بعدَ أداءِ النُّجومِ» ثُمَّ خرَجَتْ زُيوفًا.

ولا فـرْقَ في نُفـوذِ الخُلـعِ وحُصـولِ البينونةِ بيـنَ كونِ العِـوضِ صحيحًا أو فاسدًا؛ كمَغصوبٍ وخَمرٍ وميتةٍ ومجهولٍ عينًا أو قدرًا أو صفةً أو أجلًا، وكنفقةِ ولَدِه سـنةً مثلًا كلَّ يومٍ كذا ولـم يصِفْه بصفةِ السَّـلَمِ، أو بعضُه صحيحٌ وبعضُه فاسدٌ، لكنِ الواجبُ في الفاسِدِ مَهرُ المِثْلِ.

وإن صـرَّحَ بوَصْفِ الفَسـادِ إذا كانَـتِ المُخالعةُ مع الزَّوجـةِ، بخلافِ ما إذا كانـت مع أجنبيٍّ، وصرَّحَ بذلكَ فيقَعُ رجعيًّا، وفي البَعضِ الصَّحيحِ مع ما يقابِلُ الفاسدَ مِن مَهرِ المِثْلِ ومَحلُّ ذلكَ في المَجهولِ إذا لم ينْوِيَا به شيئًا واحدًا، وإلَّا تعيَّـنَ ما نَوَيَاه وإن لم يتَوَاطَئا عليه قبلُ، خلافًا للقاضي، وفي الخَمرِ في غيرِ خُلعِ الكفَّار به إذا وقَعَ الإسلامُ بعدَ قبضِه.

ولو خالَعَ بما في كفِّها وإن جهِلَه، أو علِمَ أنَّه لا شيءَ فيه، أو بصداقِها أو ببقيَّتِه وقد برِئَ منه، وإن علِمَ الحالَ بانَتْ بمَهرِ المِثْلِ.

ولـو قـال: «إن أعطيتِنِي هذا الخمرَ مثلًا فأنْتِ طالـقٌ» فأعطَتْه إيَّاه في مجلسِ التَّواجبِ كما قاله القاضي بانَتْ بمهرِ المثْلِ، وإلَّا فلا.

وما ذكَرْناه لا ينافِيه تقييدُ المُصنِّفِ العِوضَ بقوله: (مَعْلُومٍ) أي: عَينًا أو قدْرًا أو صفـةً؛ لأنَّ التَّقييـدَ به بالنَّظـرِ لصحَّةِ الخُلعِ مع المُسـمَّى، لكن لا بدَّ في ذلكَ أيضًا مِن شروطِ سائرِ الأعواضِ؛ كملْكِه، وطهارةِ عيْنِه، والقُدرةِ على تسليمِه.

وخـرَجَ بالمقصودِ غيرُه؛ كالدَّمِ والحَشـراتِ، فيقَعُ الطَّـلاقُ رجعيًّا، بخلافِ المَيتةِ؛ لأنَّها قد تُقصَدُ للضَّرورةِ والجَوارحِ.

وبرجوعه لجهةِ الزَّوجِ أو سيِّدِه: ما لو علَّقَ طلاقَها على البَراءةِ ممَّا لها على غيرِه، فيقَعُ الطَّلاقُ رَجعيًّا كما تقدَّم عنِ القَفَّال.

وشرطُ جوازِ الخُلعِ أيضًا: كونُ الزَّوجِ يصِحُّ طلاقُه، وسيأتي بيانُه في الطَّلاقِ، فيصِحُّ خُلعُ المُكاتَبِ والمُبعَّضِ في نوبتِه، ويُدفَعُ العِوضُ إليهما ولو بلا إذْنٍ، والعبدِ والمحجورِ عليه بسفَهٍ ولو بلا إذْنٍ، ولا يُدفَعُ العِوضُ إلَّا لمالكِ أمرِهِما مِن سيِّدٍ أو وليٍّ أو لهما بإذْنِه، إلَّا إن قيَّدَ الطَّلاقَ بالدَّفعِ إليهما، كـ «إن دفعْتِ إليَّ كذا فأنْتِ طالقٌ» فلا تطلُقُ إلَّا بالدَّفْعِ إليه وتَبْرَأُ به، بخلافِ مَن لا يصِحُّ طلاقُه كالصَّبيِّ والمجنونِ، فلا يصِحُّ خُلعُه.

وكونُ الزَّوجةِ مُطلقةَ التَّصرُّفِ مختارةً، فلوِ اختلعَتِ الأمَةُ ولو مكاتبةً بغيرِ إذْنِ سيِّدِها بعينٍ له أو لغيرِه مِن مالٍ أو غيرِه بانَتْ بمَهرِ المِثْلِ في ذمَّتِها، أو بدَينٍ في ذمَّتِها بانَتْ به، فتُطالَبُ به بعدَ العِتقِ، أو بإذْنِ سيِّدِها فإن أطلَقَ الإذْنَ أو قدَّرَ دَينًا وجَبَ مهرُ المِثْلِ في الأوَّلِ، وما قدَّرَه في الثَّاني مِن كسْبِها وأموالِ تجارةٍ بيدِها، فإن لم يكُنْ شيءٌ مِن ذلكَ وجَبَ ما ذُكِرَ في ذمَّتِها تُطالَبُ به بعدَ العِتقِ.

وإن عيَّنَ عينًا مِن مالِه تعيَّنَتْ، فلو زادَتْ على مَهرِ المِثْلِ في صورةِ الإطلاقِ أو على ما قدَّرَه أو عيَّنَه في غيرِها طُولِبَتْ بالزَّائدِ بعدَ العِتقِ واليَسارِ، أوِ اختلعَتْ محجورٌ عليها بسفَهٍ طلُقَتْ رَجعيًّا ولغَا ذكْرُ المالِ وإن أذِنَ فيه الوَليُّ، فإن كان ذلكَ قبلَ الدُّخولِ بها طلُقَتْ بائنًا بلا مالٍ كما صرَّحَ به البَغَويُّ في «نكتِه»، أو مجنونةٌ أو صغيرةٌ ولو مُميِّزةً كان لغوًا.

ولو أكرَهَها الزَّوجُ على الاختلاعِ كان باطلًا، ويقَعُ الطَّلاقُ رجعيًّا إلَّا إن سَمَّى مالًا فلا يقَعُ شيءٌ؛ لأنَّها مكرهَةٌ على القَبولِ، ولو منَعَها نفقَةً أو غيرَها فافتَدَتْ للتَّخلُّصِ منه نفَذَ كما قاله الشَّيخانِ عنِ الشَّيخِ أبي حامدٍ وأقرَّاه،

بخـلافِ مـا لو منَعَها ذلـكَ لتخالِعَه، فالخُلعُ باطـلٌ كما ذكَرَه الشَّـيخُ أبو حامدٍ أيضًا، ويقَعُ الطَّلاقُ رَجعيًّا.

ولو أثبتَتْ بالبيِّنةِ أنَّه أكرَهَها على الخُلع فأقَرَّ بالخُلعِ وأنكَرَ الإكراهَ لزِمَه ردُّ ما أخَذَه إليها، وبانَتْ منه مؤاخذةً بإقرارِه، وإن أنكَرَ الخُلعَ أو سـكَتَ وقَعَ الطَّلاقُ رَجعيًّا.

والقبولُ أو نحوُه كالاستيجابِ في نحْوِ قوْلِها: «طلِّقْنِي على كذا» فيُجِيبُها، والإعطاءُ في نحْوِ قولِه: «إن أعطيتِني ألفًا فأنْتِ طالقٌ» فتعطِيه الألفَ.

وشـرْطُ القبـولِ اللَّفظُ إلَّا في التَّعليـقِ مِن الرَّجلِ؛ كـ«إنْ أعطَيْتني ألفًا فأنْتِ طالقٌ» فيكْفِي إعطاؤُها.

وكونُـه فـورًا إلَّا في التَّعليـقِ بـ«متَـى»، أو «أيّ وقتٍ» في الإثبـاتِ مِن جانبِ الـزَّوجِ؛ كـ«مَتَى» أو «أي وقتٍ أعطَيْتِنـي كذا فأنْتِ طالقٌ»، بخـلافِ التَّعليقِ بـ«إن» أو «إذا».

أو من جانبِ الزَّوجةِ، إلَّا إذا قالَتْ: «طلِّقْني غدًا» أو «في جميعِ الشَّهرِ».

أو في النَّفـيِ، كـ«متى لـم تعْطِني ألفًا فأنْـتِ طالقٌ» فلا بدَّ مِـن الفَورِ، ولكلٍّ منهما الرُّجوعُ قبلَ تمامِ كلامِ صاحبِه إلَّا الزَّوجَ إذا علَّقَ فيمتنِعُ رجوعُه.

(**وَتَمْلِـكُ بِهِ**) أي: بالخُلعِ (**المَرْأَةُ نَفْسَـهَا، وَ**) لأجلِ ذلـكَ (**لا رَجْعَةَ لَهُ**) أي: للزَّوجِ (**عَلَيْهَا**)؛ لأنَّها إنَّما بذَلَتِ العِوضَ لتملِكَ البُضعَ، فلا يملِكُ الزَّوجُ ولايةَ الرُّجـوعِ إليه، كما أنَّ الـزَّوجَ إذا بذَلَه صَداقًا ليملِكَ البُضعَ لم يكُنْ للمَرأةِ ولايةُ الرُّجـوعِ، ولأنَّه تعالـى جعَلَه فديَةً، والفِديةُ خلاصُ النَّفسِ مِن السَّـلطنةِ عليها، فلو شـرَطَ في الخُلعِ الرَّجعةَ كـ«خالَعْتُكِ بدينارٍ على أنَّ لي عليكِ الرَّجعةَ» بطَلَ

العِوضُ ووقَعَ الطَّلاقُ رجعيًّا؛ لتنافي شرطَيِ المالِ والرَّجعةِ، فيتساقطانِ ويَبْقَى أصلُ الطَّلاقِ، وقضيَّتُه ثبوتُ الرَّجعةِ.

أو شرَطَ فيه ردَّ العِوضِ مَتَى شاءَ ليُراجِعَ بانَتْ؛ لرِضاه بسُقوطِ الرَّجعةِ هنا، ومَتَى سقَطَتْ لا تعودُ بمهرِ المِثْلِ؛ لفَسادِ العِوضِ بفسادِ الشَّرطِ.

أو قال: «إن أبرَأْتِنِي فأنْتِ طالقٌ طلقةً رجعيَّةً» فأبرَأَتْه طلُقَتْ رَجعيًّا كما قاله بعضُهم، وهو ظاهرٌ؛ لأنَّ التَّقييدَ بقولِه: «طلقةً رجعيَّةً» صرَفَ هذا التَّعليقَ عن مَعنَى المُعاوَضةِ إلى مُجرَّدِ التَّعليقِ على صفةٍ؛ لأنَّ الإبراءَ في نفْسِه يحتمِلُ غيرَ العِوضيَّةِ بدليلِ التَّعليقِ على الإبراءِ ممَّا على غيرِه خُصوصًا ولم يقَعْ ربطُ الطَّلاقِ به إلَّا مُقيَّدًا بشرطِ الرَّجعةِ الذي لا يُنافيه في نفسِه، بخلافِ المَسألةِ السَّابقةِ، فإنَّ ذكْرَ المالِ فيها لا يحتمِلُ غيرَ العِوضيَّةِ خُصوصًا، ولم يقَعْ شرْطُ الرَّجعةِ إلَّا بعدَ ربطِ الطَّلاقِ بالمالِ، وشرْطُ الرَّجعةِ يُنافِي العِوضَ فسقَطَ مُطلقًا؛ لأنَّه إذا سقَطَ باعَتبارِ كونِه عِوضًا وجَبَ سقوطُه مُطلقًا؛ إذ ليس له جهةٌ أُخرى هنا يلزَمُ باعَتبارِها، بخلافِ البَراءةِ، فإنها معقولةٌ في نفْسِها، فلم يلزَمْ مِن سُقوطِ كونِها عِوضًا سُقوطُها مُطلقًا، وبهذا يظهَرُ سقوطُ ما يُتوهَّمُ مِن أنَّ القياسَ فسادُ البَراءةِ؛ لأنَّ الطَّلاقَ عليها يُنافِي شرْطَ الرَّجعةِ، فيتَساقطانِ كما في المَسألةِ السَّابقةِ فتأمَّلْه.

وقوله: (**إلَّا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ**) استثْناء منقطع إن أريد معنى الرَّجعة اصطلاحًا.

(**وَيَجُوزُ الخُلْعُ**) مع الزَّوجةِ أي: يحِلُّ وينفُذُ (**فِي**) حالِ (**الطُّهْرِ، وَ**) في حال (**الحَيْضِ**) ونحوِه، بخلافِه مع الأجنبيِّ؛ لِما سيأتي في بابِ الطَّلاقِ، (**وَلَا يَلْحَقُ المُخْتَلِعَةَ الطَّلَاقُ**) لانتفاءِ الولايةِ عليها، فهي أجنبيَّةٌ.



(فَصْلٌ)
فِي الطَّلَاقِ

وهو حلُّ عقدِ النِّكاحِ بلفْظِ الطَّلاقِ ونحْوِه، وعرَّفَه النَّوَوِيُّ في «تهذيبِه»[1] بأنَّه تصرُّفٌ مملوكٌ للزَّوجِ يُحْدِثُه بلا سببٍ؛ أي: مِن عيبٍ ونحْوِه فيقطَعُ النِّكاحَ.

(وَالطَّلَاقُ) أي: اللَّفظُ الذي يحصُلُ به (ضَرْبَانِ: صَرِيحٌ، وَكِنَايَةٌ) لأنَّه إمَّا ألَّا يحتمِلَ ظاهرُه غيرَ الطَّلاقِ وهو الصَّريحُ، أو يحتمِلُ وهو الكنايةُ.

(فَالصَّرِيحُ ثَلَاثَةُ أَلْفَاظٍ) أي: مشتقَّاتُها، بل ونفسُها أيضًا في الجملةِ فإنَّ نحو: «عليَّ الطَّلاقِ» صريحٌ على ما سيُعلَمُ.

وهي: (الطَّلَاقُ، وَالْفِرَاقُ، وَالسَّرَاحَ) بفتحِ السِّينِ كـ «طلَّقتُكِ» و«فارقْتُكِ» و«سَرَّحْتُكِ»، و«أنتِ طالقٌ» و«مفارقَةٌ» و«مُسَرَّحَةٌ»، و«أنتِ مطَلَّقةٌ» بتشديدِ الطَّاءِ، و«يا طالقُ» و«يا مفارقَةُ» و«يا مُسرَّحَةُ»، بخلافِ «أنتِ طلاقٌ» أو «فِراقٌ» أو «سَراحٌ» أو «أنتِ الطَّلاقُ» أو «الفراقُ» أو «السَّراحُ» أو «أنتِ طلْقةٌ» أو «فُرقةٌ» أو «سَرحةٌ»، فليسَتْ مِن الصَّرائحِ[2]؛ لأنَّها مصادرُ، والمصادرُ إنَّما تُستعمَلُ في الأعيانِ توسُّعًا فتكونُ كنايةً.

نعَمْ في صراحةِ «عليَّ الطَّلاقُ» ثلاثةُ أوجهٍ؛ أوجهُهَا: ما صرَّحَ به الصَّيْمَرِيُّ واعتمدَه الزَّرْكَشِيُّ وغيرُه أنَّه صريحٌ[3]، ومثله: «الطَّلاقُ يلزَمُنِي» أو «لازمٌ لي» أو «واجبٌ عليَّ» لا «فرضٌ عليَّ»، وصرَّحَ الصَّيْمَرِيُّ بصراحتِها، وحكى الشَّيخانِ[4]

---

(١) «تهذيب الأسماء واللغات» (٣/ ١٨٨).

(٢) في (ج)، (ش): «الصريح».

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٢٧٤).

(٤) «الشرح الكبير» (٨/ ٥٢٧)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٣٣).

عـن حكايةِ صاحبِ «العدَّةِ» عن الأكثرين وأقـرَّاه صراحةَ قولِه: «طلاقُكِ لازمٌ لي»، وجزمَ به الرَّافِعِيُّ في الأيمانِ[١] والنَّوَوِيُّ[٢] في النَّذرِ، وقيلَ: إنَّه كنايةٌ، وجزمَ به في «الأنوارِ»[٣]، وقيلَ: لغوٌ.

وظاهـرٌ أنَّ نحْوَ «عليَّ الطَّلاقُ ما أفعَلُ كذا» تعليقٌ له على الفعلِ، وقد يؤخَذُ مـن تعليلِ صراحـةِ «عليَّ الطَّلاقُ» باشـتهارِه في معنى التَّطليـقِ[٤] عدمُ صراحةِ «عليَّ الفراقُ» أو «السَّراحُ».

ولـو قـال: «طلَّقَـكِ اللهُ» كان صريحًا، كما لو قـال لأمتِه: «أعتَقَـكِ اللهُ»، أو لمَدِينِه: «أبرَأَكَ اللهُ»، بخلافِ قولِه في البيعِ: «باعَكَ اللهُ» أو «أقالَكَ اللهُ».

ولـو قال: «بطلاقِكِ لأفعلَنَّ كذا» فلغـوٌ؛ لأنَّ الطَّلاقَ لا يُحلَفُ به، ولو قال: «أنتِ طالقٌ مِن الوثاقِ» أو «مِن العَملِ»، أو «سـرَّحتُكِ مِن كذا» أو «فارقتُكِ من المنـزلِ»، كان كنايـةً ظاهرًا ويُقبَلُ باطنًا إن قصَدَ الإتيـانَ بهذه الزِّيادةِ قبل فراغِه ممَّـا قبْلَها، وينبَغِي أن يتخرَّجَ على ذلك ما كثُرَ في ألسـنةِ العوامِ مِن نَحوِ: «عليَّ الطَّلاقُ مِن ذراعي» أو «مِن ظهْرِ فرَسِي».

وذكَـرَ الماورْدِيُّ[٥] أنَّ كلَّ ما كان عندَ المشـركين صريحًا في الطَّلاقِ أُجرِيَ عليـه حُكمُ الصَّريـحِ وإن كان كنايةً عندَنا، وأنَّ كلَّ مـا كان كنايةً عندَهم يُعطى حُكْمَها وإن كان صريحًا عندَنا؛ لأنَّ عقودَهم تلحَقُ بمعتقدِهم فكذا طلاقُهم.

ولا بـدَّ مِن تلفُّظِه بالطَّلاقِ بحيثُ يسـمَعُ نفْسَـه؛ أي: بتقديرِ اعتدالِ السَّـمعِ وعدمِ العارضِ المانعِ كما هو معلومٌ، فلو أَتَى به سـرًّا بحيثُ لا يسـمَعُ لم يُؤثِّر،

(١) «الشرح الكبير» (١٢/ ٢٥٣).
(٢) «روضة الطالبين» (٣/ ٢٩٩).
(٣) «الأنوار» (٢/ ٤٩٨).
(٤) في (ج): «الطلاق».
(٥) «الحاوي الكبير» (٩/ ٣٠٢).

كما رجَّحَه في «زوائدِ الرَّوضـةِ»، ومِن ذكْرِ المفعولِ مع نحْوِ «طلَّقْت» والمبتدأ أو حرفَ النِّداءِ مع نحو «طالقٌ»، فلو أسقَطَ ذلكَ فلا وقوعَ، وإن نَوَى ذلكَ كما اقتَضَـاه كلامُهم وصرَّحَ به القَفَّالُ وغيـرُه في: «طلَّقْت» معتلًّا بأنَّه لم يجْرِ للمرأةِ ذكْرٌ ولا دلالةٌ، فهو كما لو قال: «امرأتي» ونَوَى «طالقٌ» لا يقَعُ. قال الزَّرْكَشِـيُّ: وقد يُتوقَّفُ في ذلكَ عندَ القَرينةِ كالسُّؤالِ والخُصومةِ. انْتَهى.

ويُجـابُ: بأنَّ الكلامَ عندَ فقْدِ ما ذُكِرَ، بدليلِ مـا ذكَرُوه مِن تأثيرِ «طلَّقْتُ» في جـوابِ «طلِّقْها» أو «طلِّقْني» أو «طلِّقي نفسَـكِ»، و«طالقٌ» في جوابِ «امرأتُكَ طالقٌ إن كنتَ كاذبًا» لمَنْ أنكَرَ شيئًا.

ولـم يقصِدِ الحَصْرَ بقولِه: «فالصَّريحُ ثلاثةُ ألفاظٍ ... إلخ» وإلَّا فمِنَ الصَّريحِ أيضًـا ما اشـتُقَّ مِن لفظِ الخُلـعِ أو المُفاداةِ؛ كـ«خالعتُـكِ» و«فاديتُكِ» و«أنتِ مخالعةٌ»، و«مفاداة» إن ذكرَ المالَ أو نواه، وإلَّا كان ذلكَ كنايةً أيضًا.

ومنـه: «نعَمْ» أو ما يُرادِفُها في جوابِ «أطلَّقْـتَ زوجَتَكَ؟» أو «زوجَتُكَ هذه طالقٌ؟» بقصدِ التماسِ الإنشـاءِ، وقد يُجابُ عن هذا بنيابةِ نحو «نعَمْ» عن نحوِ «طلَّقْت»، وفي معنى الألفاظ الثَّلاثة ترجمةُ الطَّلاقِ ممَّن أحسَـنَ العربيَّةَ وغيرَه، وكـذا ترجمةُ الفراقِ والسَّـراحِ كما اقْتَضَى ترجيحَـه كلامُ الرَّافِعِيِّ[1]، وجزمَ به جمـعٌ، ونقَلَه الإمامُ وغيرُه في الخُلعِ عـن ظاهرِ المَذهبِ، وقال الأَذْرَعِيُّ[2]: إنَّه المذهَـبُ، لكن الـذي صحَّحَه في «الرَّوضةِ»[3] في ترجمةِ الفراقِ والسَّـراحِ أنَّها كنايةٌ، وقال الإمامُ هنا: إنَّه الظَّاهرُ، واختارَه الرُّويانِيُّ[4].

(١) «الشرح الكبير» (٨/ ٥٠٩).
(٢) «قوت المحتاج» (٦/ ٢٧٧).
(٣) «روضة الطالبين» (٦/ ٢٧٧).
(٤) «بحر المذهب» (١٠/ ٣٨-٣٩).

ولو قال: «ما أنتِ لي بشيءٍ» لم تُطلَّقْ وإن نَوَى، أو «امْرَأَتِي طلَّقَها زوْجُها» طَلُقَتْ إن لم تتزوَّجْ غيرَه.

أو قيلَ له: «ألكَ زوجةٌ؟» فقال: «لا»، لم تُطلَّقْ وإن نَوَى كما نقَلَه الشَّيخانِ[1] عن نصِّ «الإملاءِ» وقطْعِ كثيرين؛ لأنَّه كذبٌ محضٌ، ثم بحَثَا أنَّه كنايةٌ وصرَّحَ به النَّوَوِيُّ في «تصحيحِه»، وبأنَّ لها أن تُحلِّفَه أنَّه لم يرِدْ طلاقَها.

وفي «فتاوي ابنِ الصَّلاحِ»[2] فيمن قال: «إن غبْتُ عن زوجَتِي سنةً فلسْتُ لها بزوجٍ وليسَتْ لي بزوجةٍ» أنَّ هذا في الظَّاهرِ إقرارٌ بزوالِ الزَّوجيَّةِ بعدَ سنةٍ، ففي الظَّاهرِ يُحكَمُ بصحَّتِه، وفي الباطنِ يتوقَّفُ على نيَّةِ الطَّلاقِ بذلكَ أو وجودِ سببٍ ظاهرٍ من أسبابِ الفُرقةِ.

(وَلَا يَفْتَقِرُ) الصَّريحُ في وقوعِ الطَّلاقِ **(إِلَى النِّيَّةِ)** للطَّلاقِ، بخلافِ الكنايةِ كما يأتِي وإنِ افتقر كلٌّ منهما إلى قصدِ اللَّفظِ لمَعناهُ بأن يقصِدَ استعمالَه في معناه فيقَعُ: طلاقُ الهازلِ، ومَن ظنَّ مخاطبتَه أجنبيَّةً لكونِها في ظلمةٍ، أو نكَحَها له غيرُه ظاهرًا وباطنًا فيهما، بخلافِ مَن سبَقَ لسانُه إليه، وإن لم يصدَّقْ ظاهرًا إلَّا بقرينةٍ، أو جُهِلَ معناه وإن نواه، أو لم يقصِدْ معناه، كمُصوِّرِ المسائلِ وواعظٍ طلَبَ من الحاضرين شيئًا فلم يعْطُوه، فقالَ متضجِّرًا منهم: «طلَّقْتُكم» وفيهم امرأتُه، كما بحَثَه الشَّيخانِ[3] بعد نقْلِهما عنِ الإمامِ إفتاءَه بخلافِه، وعلَّلَه النَّوَوِيُّ[4] بأنَّه لم يقصِدْ معنى الطَّلاقِ أي: لأنَّه لم يقصِدْ قطْعَ عصمةِ النِّكاحِ وإن قصَدَ الفُرقةَ، بخلافِ مَن خاطَبَ زوجتَه بالطَّلاقِ مع ظنِّها أجنبيَّةً ثُمَّ قصَدَ

---

(١) «الشرح الكبير» (٩/ ١٣٢)، و«روضة الطالبين» (٨/ ١٨٠).

(٢) «فتاوى ابن الصلاح» (٢/ ٤٤٤).

(٣) «الشرح الكبير» (٨/ ٥٥٤)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٥٥).

(٤) «روضة الطالبين» (٨/ ٥٥).

المعنـى، إنَّما يُعتبَر ظاهرًا عندَ عروضِ ما يصرِفُ الطَّلاقَ عن معناه كما في هذه الصُّـورِ، لا مُطلقًـا، فإنَّه لو نطَـقَ بلفظِ الطَّلاقِ مع قصْدِ اللَّفـظِ وفهمِ معناه وقَعَ وإن لم يقصِدْ معناه.

(وَالكِنَايَـةُ: كُلُّ لَفْظٍ احْتَمَلَ الطَّـلَاقَ وَغَيْرَهُ) احتمالًا قريبًـا؛ كقولِه: «حلالُ اللهِ»، أو «حِـلُّ اللهِ»، أو «أنـتِ عليَّ حرامٌ»، وإنِ اشـتهَرَ عندَهـم في الطَّلاقِ كما صحَّحَـه النَّوَوِيُّ[1]، وقولِه: «الحلالُ عليَّ حرامٌ»، أو «عليَّ الحرامُ» أو «الحرامُ يلزَمُني ما أفعَلُ كذا» أو «ما فعَلْتُه» أو نحو ذلكَ كما قاله الزَّرْكَشِيُّ وغيرُه.

وقولِـه: «ابعَدِي»، أو «اذهبِي»، أو «اخرُجِي»، أو «سـافِرِي»، أو «ذوقِي»، أو «تفصَّصـي»، أو «تجرَّعِي»، أو «أمهلْتُكِ»، أو «لسْـتِ زوجَتِي»، أو «أنتِ بِنْتِي» حيثُ أمكَنَ كونُها بنتَه وإن عُلِمَ نسـبُها مـن غيْرِه، أو أنتِ أمِّي أو أختي، أو أنتِ مثْـلُ أمِّـي أو أختِي، أو باركَ اللهُ لـكِ، بخلافِ «باركَ اللهُ فيـكِ» فليس كنايةً، أو أبرأْتُكِ أو عفوْتُ عنكِ أو الطَّلاقُ فرضٌ عليَّ.

قال في «الأنوارِ»[2]: أو ساقطٌ أو واقعٌ عليَّ، وأفْتَى الغزَاليُّ بأنَّ قولَه: الطَّلاقُ ثلاثًـا مـن زوجتي تفعلُ كذا كنايةٌ؛ لأنَّ حذْفَ قولِـه: «يلزَمُني» صيَّرَه كنايةً، فلو نَوَى إيقاعَ الطَّلاقِ بتقديرِ عدمِ الفعلِ وقَعَ لاحتمالِ اللَّفظِ له بتقديرِ: إن لم تفعَلْ فالطَّلاقُ واقعٌ عليَّ.

وفي «الأنـوارِ»[3]: لـو قال لها: «إنْ دخلْتِ الدَّارَ فأنْـتَ طالقٌ» وفتحَ التَّاءَ؛ لم تُطلَّقْ، إلَّا إن نَوَى طلاقَها.

وفيه وقفةٌ؛ لعدمِ اعتبارِهم الخطأَ في التَّذكيرِ والتَّأنيثِ.

(١) «روضة الطالبين» (٨/ ٢٥).

(٢) «الأنوار» (٢/ ٤٩٨).

(٣) «الأنوار» (٢/ ٤٩٤).

وأفْتَـى بعضُهـم فيما لو أبـدَلَ طاءَ الطَّـلاقِ تاءً بأنَّـه كنايـةٌ[١]، ووافَقَه بعضُ مشـايخِنا، واختارَ بعضُهـم أنَّه صريحٌ فيمَـنْ لغتُه كذلكَ، وبعضُهـم أنَّه صريحٌ مُطلقًا، وقد يُؤيِّدُ هذا بأنَّ ذلكَ مِن ترجمةِ الطَّلاقِ أو في معناها فليُؤثِّرْ مُطلقًا.

وقـد تكونُ الكنايةُ غيـرَ لفظٍ؛ كالكتابـةِ ولو من أخرسَ كأنْ كتَـبَ «زوجَتِي طالقٌ ونَوَى»، فإن لم ينْوِ لم تُطلَّقْ، فإن تلفَّظَ بما كتبَه وكان صريحًا طُلِّقَتْ وإن لم ينْوِ حالَ الكتابةِ فإنِ ادَّعى أنَّه قصَدَ بالتَّلفُّظِ به قراءتَه دونَ الطَّلاقِ قُبِلَ ظاهرًا، وإنَّما قُيِّدَ باللَّفظِ جريًا على الغالبِ.

(وَتَفْتَقِرُ) الكنايةُ (إِلَى النِّيَّةِ) للطَّلاقِ؛ أي: قصْدِ إيقاعِه من الكاني مقترنًا بأوَّلِ الكنايـةِ كما نقَلَه النَّوَوِيُّ في «تنقيحِه» عن «تصحيـحِ» ابن الصَّلاحِ وأقرَّه، وقال الإِسْنَوِيُّ: إنَّه المُفتَى به، والزَّرْكَشِيُّ: إنَّه الصَّوابُ.

أو بجميـعِ اللَّفـظِ كمـا صحَّحَـه في «المنهـاجِ»[٢] و«المُحـرَّرِ» وجرى عليه البُلقِينيُّ، أو ببعضِ[٣] اللَّفظِ مِن أوَّلِه أو غيرِه كما صحَّحَه في «أصلِ الرَّوضةِ»[٤]، ويُوافِقُـه أنَّه لـو قال: «أنتِ عليَّ حـرامٌ» ونَوَى به الطَّلاقَ والظِّهـارَ معًا أو مرتَّبًا تخيَّـرَ وثبَتَ ما اختارَه، إلَّا أن يكونَ تفريعًـا على الاكتفاءِ ببعضِه، فعلى غيرِه لا يكونُ الحكمُ كذلكَ في صورةِ التَّرتيبِ.

ومثَّلَ الرَّافِعِيُّ تبعًا لجماعةٍ اقترانَ النِّيَّةِ بأوَّلِ الكنايةِ بـ«أنتِ» مِن «أنتِ بائنٌ»، وأيَّـدَه ابنُ الرِّفْعَةِ بقولِ ابنِ سُـريجٍ: إذا وقَعَ زمنَ الطُّهـرِ و«طالقٌ» زمنَ الحَيضِ كان الطَّلاقُ سُـنِّيًّا وحصَلَ لها قرءٌ، وإن فرَّقَ بعضُهم بينَهما، لكنْ صرَّحَ جماعةٌ

---

(١) كتب فوقه في (ع): «معتمد».

(٢) «منهاج الطالبين» (ص ٢٣١).

(٣) كتب فوقه في (ع): «معتمد».

(٤) «الشرح الكبير» (٨/ ٥٢٦).

بـأنَّ المُعتبَـرَ قرنُ النِّيَّـةِ به هو لفـظُ الكنايةِ؛ كالخـاءِ مِن خليَّةٍ في «أنـتِ خليَّةٌ»، وصوَّبَه في «المهمات»[1].

ولا تكْفِـي النِّيَّـةُ مِـن غيرِ الكاني، فلـو تلفَّظَ غيرُه بلفـظِ الكنايـةِ بإذنِه ونَوَى هـو كان لغوًا، ولا مِن السَّـكرانِ فـلا يقَعُ بكنايتِه وإن نَوَى كما قالـه ابنُ الرِّفْعَةِ. والأوجَهُ خلافُه.

ومِـن طرقِ معرفـةِ نيَّتِه: أن يكتُـبَ ذلكَ، أو يُقِـرَّ به فيُؤاخَذُ بـه؛ لأنَّه مؤاخذٌ بإقرارِه فيما له وعليه.

ولو قال: «أنتِ بائنٌ وطالقٌ» لم يكُنِ الثَّاني تفسيرًا للأوَّلِ، بل يُرجَعُ في تفسيرِه إليـه، ولو كرَّرَ الكنايةَ بنيَّةِ الطَّلاقِ فإنِ اتَّحدَ اللَّفظُ وقصَدَ التَّأكيدَ أو الاسـتئنافَ فذاكَ، وإن لـم يقصِدْ شـيئًا فوجهانِ أطلَقَهما الشَّيخانِ[2] ورجَّحَ غيرهُما الحملَ علـى الاسـتئنافِ، وإنِ اختلـفَ تعـدُّدُ[3] الطَّلاقِ بعدَدِهـا على ما نقَـلَاه وأقرَّاه واعترَضَه الزَّرْكَشِـيُّ بمخالفتِه للمُرجِّحِ في اختلافِ الصَّرائحِ مِن أنَّه كاتِّفاقِهما، قال: ولعلَّه مُفرَّعٌ على المَرجوحِ هناكَ[4].

ولـوِ ادَّعَتْ زوجتُه أنَّه نَوَى وأنكَـرَ هو صُدِّقَ بيمينِه، فإنْ نكَلَ حلَفَتْ وحُكِمَ بالطَّلاقِ فربَّما اعتدت[5] قرائنَ تجوِّزُ الحلِفَ.

ولو أَتَى بكنايةٍ ثُمَّ بعدَ انقضاءِ العِدَّةِ طلَّقَها ثلاثًا ثُمَّ ادَّعى أنَّه كان نَوَى الطَّلاقَ بالكنايةِ ليدفَعَ وقوعَ الثَّلاثِ لمُصادفتِه البينونةَ لم يُقبلْ؛ لاتِّهامِه حينئذٍ.

---

(١) «المهمات» (٧/ ٣٤٤).
(٢) «الشرح الكبير» (٩/ ٧)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٢٧٦).
(٣) في (ع): «اختلفت بعدد».
(٤) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٢٧٥).
(٥) في (ش): «اعتمدت». وفي (ن): «اعتيدت».

(وَالنِّسَـاءُ فِيـه) أي: في الطَّلَاقِ وباعتبـارِ إيقاعِه **(ضَرْبَانِ: ضَـرْبٌ فِي)** إيقاعِ **(طَلَاقِهِنَّ سُنَّةٌ)** أي: جوازٌ على وجهٍ مخصوصٍ **(وَبِدْعَةٌ)** أي: حرمةٌ بأن يتَّصِفَ تارةً بالسُّـنةِ ويُسـمَّى سُـنيًّا، والأخرى بالبِدعةِ ويُسـمَّى بِدعِيًّا، **(وَهُنَّ)** أي: هذا الضَّـربُ، وأنَّثَـه باعتبارِ خبَـرِه وهـو **(ذُوَاتُ الحَيْضِ)** بـأن يكُنَّ ممَّـن يَحضْنَ المَدخولُ بهِنَّ.

(وَ) الإيقـاعُ **(السُّـنَّةُ)** أي: ذو السُّـنةِ أوِ السُّـنِّي **(أَنْ يُوقِـعَ الطَّـلَاقَ فِي)** أثناءِ **(طُهْرٍ غَيْرِ مُجَامِعٍ فِيهِ)** أي: لم يُجامِعِ المُطلَّقةَ في قُبُلِها أو دُبُرِها فيه، ولا في نحوِ الحَيـضِ الذي قبْلَه، ولا اسـتدخَلَتْ مـاءَه في أحدِهما، وقد اسـتوْفَتْ حقَّهَا مِن القَسْـم، ولم يكُنْ طلاقُها بعِوضٍ منها، ولا كانت صغيرةً ولا آيسـةً ولا حاملًا، أو كانـت حامـلًا من زنًا وهي تحيضُ، أو يُوقِعَه مع آخِرِ جزءٍ مِن نحوِ حَيضٍ لم يُجامِعْها ولا استدخَلَتْ ماءَه فيه، وقد استوْفَتْ حقَّها، إلى آخرِ ما ذُكِرَ، أو يُوقِعَه في أثناءِ الحَيضِ لكن في عدَّةِ طلاقٍ رَجعِيٍّ بناءً على أنَّها تبني وهو الأصحُّ.

وهل يتأتَّى هنا اعتبارُ جميعِ القيودِ المذكورةِ؟ للنَّظرِ فيه مجالٌ، لكنِ الظَّاهرُ أنَّـه لا أثَرَ هنا لكونِهـا حاملًا مِن زنًا وهي لا تحيضُ لبنائِها وتأخُّرِها بالباقي إلى الوَضعِ بكلِّ حالٍ وذلكَ لانتفاءِ المَعنَى الآتِي في البدْعِيِّ.

(وَ) الإيقـاعُ **(الْبِدْعَـةُ)** أي: ذو البِدعةِ أوِ البِدعـيُّ **(أَنْ يُوقِعَ الطَّلَاقَ فِي)** أثناءِ **(الحَيْـضِ)** لا في عدَّةِ طلاقٍ رجعـيٍّ كما تقدَّمَ، أو في أثناءِ النِّفاسِ، **(أَوْ فِي)** أثناءِ **(طُهْرٍ جَامَعَهَا فِيه)** أي: في نحوِ الحَيضِ قبلَه أوِ استدخلَتْ ماءَه في أحدِهما أو مع آخرِ جزءٍ من الطُّهرِ وإن لم يُجامِعْها فيه، ولا في نحوِ الحَيضِ قبلَه ولا استدخلَتْ مـاءَه في أحدِهمـا، ولم تكُنْ في الصُّورِ الأربعِ حامـلًا، ولا طلاقُها بعِوضٍ منها، ولا كانت صغيرةً ولا آيسـةً فيما يُتصوَّرُ أنَّ فيه منها، أو في أثناءِ طهرٍ لم يجامِعْها

فيه، ولا في نحوِ الحَيضِ قبلَه ولا استدخلَتْ ماءَه في أحدِهما، لكنَّها لم تستوْفِ جميعَ حقِّها مِن القسْمِ وقد دخَلَ وقْتُه.

والمعنى في التَّحريمِ تضرُّرُها بطولِ مدَّةِ التَّربُّصِ فيما عدا الثَّالثةِ والخامسةِ، إذْ لا تُشرَعُ في العِدَّةِ عقِبَ الطَّلاقِ، وأداؤُه إلى النَّدمِ في الثَّالثةِ عندَ ظهورِ الحَمْلِ فإنَّ الإنسانَ قد يُطلِّقُ الحائلَ دونَ الحاملِ، وعندَ النَّدمِ قد لا يُمكِنُه التَّداركُ فيتضرَّرَ هو والولدُ، وتفويتُ حقِّها في الخامسةِ.

ولا فرقَ[1] فيها بينَ كونِ الطَّلاقِ رجعيًّا أو بائنًا، خلافًا لتقييدِ ابنِ العِمادِ بالبائنِ لتمكُّنِه في الرَّجعيِّ مِن الرَّجعةِ وتوفيةِ حقِّها، فيكونانِ واجبيْنِ؛ لأنَّهم سوَّوا في البِدعيِّ بينَ الرَّجعيِّ والبائنِ[2]، نعَمْ قيَّدَها[3] ابنُ الرِّفْعَةِ بحثًا بما إذا لم يكُنِ الطَّلاقُ بسؤالِها، وإلَّا فلا تحريمَ كما قيلَ بذلكَ في الطَّلاقِ زمنَ الحَيضِ على رأيٍ.

قال الزَّرْكَشِيُّ: ويُمكِنُ أن يُقالَ: إنَّها بسؤالِها مُسقطةٌ لحقِّها مِن القَسْمِ فيجوزُ هنا قطعًا[4].

ولو طُولِبَ المُولي بالطَّلاقِ فطلَّقَ قال جمْعٌ منهم الإمامُ والغَزَالِيُّ: ليس بحرامٍ[5]؛ لأنَّها طالبةٌ راضيةٌ.

قال الرَّافِعِيُّ[6]: ويُمكِنُ أن يُقالَ بتحريمِه؛ لأنَّه أحوَجَها بالإيذاءِ إلى الطَّلبِ، وهو غيرُ ملجأٍ إليه لتمكُّنِه منَ الفَيئةِ أي: باللِّسانِ إنِ امتنَعَ الوَطءُ، فلو طلَّقَ الحاكمُ عليه إذا قلْنا به فلا تحريمَ.

---

(١) كتب فوقه في (ع): «معتمد».

(٢) «أسنى المطالب» (٣/ ٢٣٧).

(٣) كتب فوقه في (ع): «معتمد».

(٤) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٢٦٤).

(٥) «روضة الطالبين» (٨/ ٤).

(٦) «الشرح الكبير» (٨/ ٤٨٣).

ولو رَأى الحكمانِ في الشِّقاقِ الطَّلاقَ فطلَّقَا في الحَيضِ ففي «مختصرِ الجُوينيِّ» أنَّه لا يحرم، وهاتانِ الصُّورتانِ أعنِي طلاقَ الحاكمِ والحكمَ عدَّهُما الرَّافِعِيُّ[1] من قسْمِ طلاقِ السُّنةِ، وعدَّهُما في «الكفايةِ» من القسْمِ الآتي وهو ما لا سُنَّةَ فيه ولا بدعةَ.

ولو علَّقَ الطَّلاقَ بصفةٍ[2] كـ «إنْ دخلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ»، فالنَّظرُ إلى وقتِ الوقوعِ لا إلى وقتِ التَّعليقِ، فإنْ وُجِدَتْ الصِّفةُ في الطُّهرِ فسُنِّيٌّ، أو في الحَيض فبدعِيٌّ.

قال النَّوَوِيُّ[3]: ومعنى كونِه بِدعيًّا أنَّه يُسمَّى بِدعيًّا وترتَّبُ عليه أحكامُ البدعيِّ، إلَّا أنَّه لا إثمَ فيه باتِّفاقِ الأصحابِ في كلِّ الطُّرقِ، إلَّا ما حُكِيَ عنِ القَفَّالِ أي: مِن قوْلِه: إنَّ تعليقَ الطَّلاقِ بدعِيٌّ. انْتَهى.

ويُوافِقُه قولُ الرَّافِعِيِّ[4]، ويمكِنُ أن يُقالَ: إذا تعلَّقَتِ الصِّفةُ باختيارِه أثِمَ لإيقاعِه في حالِ الحَيضِ. انْتَهى.

قال العِرَاقِيُّ: وذلكَ يقتَضِي اختصاصَ الإثمِ بهذه الصُّورةِ على طريقِ البحثِ، لا أنَّه منقولٌ. انْتَهى.

(**وَضَرْبٌ لَيْسَ فِي**) إيقاعِ (**طَلَاقِهِنَّ سُنَّةٌ وَلَا بِدْعَةٌ**) أي: لا يوصَفُ طلاقُهن بواحدٍ منهما، فلا يوصَفُ بكونِه سُنيًّا ولا بِدعيًّا وإن كان جائزًا.

(**وَهُنَّ**) أي: هذا الضَّربُ، وأنَّثَه؛ لِما تقدَّمَ (**أَرْبَعٌ: الصَّغِيرَةُ، والآيِسَةُ، وَالحَامِلُ**) منه (**والمُخْتَلِعَةُ**) بأن طُلِّقَتْ على عِوضٍ منها في زمانِ البِدعةِ؛ كحَيضٍ أو طُهرٍ جُومِعَتْ فيه سواءٌ في الأربعِ المَدخولِ بها وغيْرِها.

---

(١) «الشرح الكبير» (٨/ ٤٨٣- ٤٨٤).
(٢) في (ع): «بصيغة».
(٣) «روضة الطالبين» (٨/ ٦).
(٤) «الشرح الكبير» (٨/ ٤٨٧).

وأمَّـا تقييدُ المُصنِّفِ المُختلعةَ بقولِه: (**الَّتِي لَـمْ يَدْخُلْ بِهَا**) فهو ممنوعٌ، فإنَّ التـي لم يدخُلْ بها من هذا الضَّربِ مُطلقًا وإن لـم تكُنْ مُختلعةً ولا غيرَها ممَّن ذُكِرَ كما صرَّحُوا به ولعلَّه كان في نسـخةٍ «خمسٌ» بدلَ قولِه: «وأربعٌ»، وعطَفَ الَّتي بالواوِ على ما قبْلَها فغيَّرَه النُّساخُ.

وإنَّمـا لم يكُنْ إيقاعُ الطَّلاقِ فيما ذُكِرَ سُـنيًّا ولا بِدعيًّـا؛ لانتفاءِ ما تقدَّمَ فيهما، ولأنَّ افتـداءَ المُختلعـةِ يقتَضِـي حاجتَها إلى الخَـلاصِ بالفِـراقِ ورِضاها بطُولِ التَّربُّصِ، وأخْذُه العِوضَ يُؤكِّـدُ داعيةَ الفِراقِ ويُبعِدُ احتمالَ النَّدمِ، والحاملُ وإنْ تضرَّرَتْ بالطُّولِ في بعضِ الصُّورِ فقدِ استعقَبَ الطَّلاقُ شُروعَها في العدَّةِ ولا ندمَ.

ومِـن هذا القِسـمِ طَلاقُ المُتحيِّرةِ؛ لأنَّه لم يقَعْ في طُهـرٍ مُحقَّقٍ ولا في حيضٍ محقَّقٍ، وخرَجَ بكونِ الحمْلِ منه: كونُه مِن غيرِه، بوَطءِ شبهةٍ أو زنًا متقدِّمٍ على الطَّلاقِ، فـإنَّ إيقاعَ الطَّلاقِ حينئذٍ بِدعِيٌّ؛ لتأخُّرِ الشُّـروعِ في العدَّةِ عنِ الطَّلاقِ؛ لأنَّهـا إنَّما تكونُ بعدَ وضْعِ الحَملِ ومُضِـيِّ زمنِ النِّفاسِ، نعَمْ إن كانَتِ الحاملُ مِـن الزِّنا تحيضُ لم يكُنْ طلاقُها بِدعيًّـا لعدمِ تأخُّرِ العِدَّةِ؛ لأنَّها تنقَضِي بالأقراءِ مـع وجودِ حمْلِ الزِّنا، ويكونُ الطَّلاقُ بعِوضٍ منها ما لو كان بعِوضٍ مِن أجنبِيٍّ في طُهرٍ جامَعَها فيه كان جائزًا؛ إذ لا تطويلَ، وأخْذُه العِوضَ يُبعِدُ احتمالَ النَّدمِ عندَ ظهورِ الحَمْلِ.

وخـرَجَ بالطَّلاقِ الفَسْـخُ بعَيبٍ أو غيـرِه، فإنَّه في أيِّ وقتٍ وُجِدَ لا يُعَدُّ سُـنيًّا ولا بِدعيًّا.

❁ ❁ ❁

(فَصْلٌ)

(وَيَمْلِكُ الحُرُّ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ، وَالعَبْدُ) ومثْلُه المُبعَّضُ والمُدبَّرُ والمُكاتَبُ (تَطْلِيقَتَيْنِ) سواءٌ أكانتِ الزَّوجةُ في كلٍّ منهما حرَّةً أم أمةً، فإذا أوقَعَ[1] أحدُهما دونَ ما يملِكُه ثُمَّ راجَعَ أو جدَّدَ ولو بعدَ زوجٍ عادَتْ له ببقيَّةِ ما يملِكُه، بخلافِ ما إذا أوقَعَ جميعَ ما يملِكُه فتعودُ إليه بجميعِه.

(وَيَصِحُّ[2] الِاسْتِثْنَاءُ فِي الطَّلَاقِ) كأنت طالقٌ ثلاثًا إلَّا واحدةً فيقَعُ ثنتانِ، وإنَّما يصِحُّ (إِذَا وَصَلَهُ بِهِ) أي: بالمُستثنى منه بألَّا يفصِلَ بينَهما بكلامٍ أجنبيٍّ وإن قلَّ، ولا بسُكوتٍ فوقَ سكتةِ التَّنفُّسِ والعِيِّ وانقطاعِ الصَّوتِ والتَّذكُّرِ، ولا يضُرُّ عروضُ السُّعالِ بينَهما.

وهل محلُّه في غيرِ الطَّويل؟ فيه نظرٌ.

وقصده قبلَ فراغِ المسُتثنى منه، نعَمْ لو قدَّمَه عليه ففيه نظرٌ وكلامٌ سبَقَ في الإقرارِ.

وأسمَعَ به نفسَه وكذا غيرَه ليصدَّقَ فيه، وإلَّا فلوِ ادَّعاه وأنكرَتْ أي: الإتيانَ به حلَفَتْ على نفيِه وطُلِّقَتْ، بخلافِ ما لو أنكرَتْ سماعَها إيَّاه، فلا أثَرَ لإنكارِها كما هو ظاهرٌ.

وعُرِفَ معناه ليُمكِنَ التَّعليقُ، فلو جهِلَه وقَعَ عليه، ذكَرَ ذلكَ في «الأنوارِ»[3]، لكن في «الجواهرِ» عنِ القاضي فيما لو زعَمَ الإتيانَ بالاستثناءِ فأنكرَتْ صُدِّقَ إن قلْنا لا يتبعَّضُ الإقرارُ، وإلَّا صُدِّقَتْ فتحلِفُ أنَّه لم يقُلْه[4].

---

(١) في (ج): «وقع».
(٢) في (ش): «وصح».
(٣) «الأنوار» (٢/ ٥٢٦).
(٤) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٢٩٤).

واعتُرِضَ بأنَّ القياسَ حلِفُها على نفْيِ العلمِ.

ويُجابُ بأنَّ الوَجهَ هو الأوَّلُ؛ لأنَّ مُجرَّدَ نفيِ العلْمِ لا أثَرَ له كما أشـرْنا إليه، فلا فائدةَ له في إثباتِه باليمينِ.

ولم يستغرِقِ المُستثنى منه، فلو قـال: «أنتِ طالقٌ ثلاثًـا إلَّا ثلاثًا» لم يصِحَّ فتُطلَّقُ ثلاثًا.

ومحلُّه إذا لم يعقِبْه بما يخرِجُه عنِ الاستغراقِ، وإلَّا فيصِحُّ، فلو قال: «أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا ثلاثًا إلَّا واحدةً أوِ الاثنتيْنِ» وقَعَ طلقةٌ فقَطْ في الأوَّلِ وثنتانِ فقَطْ في الثَّاني؛ لأنَّ الاستِثناءَ الثَّاني لكونه مِن الأوَّلِ يخرِجُه عنِ الاستغراقِ، فالمُستثنى في الحقيقـةِ ثنتانِ في الأوَّلِ وواحـدةٌ في الثَّاني؛ لأنَّ ثلاثةَ إلَّا واحدةً ثنتانِ، وثلاثةَ إلَّا ثنتينِ واحدةٌ.

ولـو قـال: «أنتِ طالـقٌ ثلاثًا إلَّا ثنتيـنِ إلَّا ثنتينِ» وقَعَ واحـدةٌ فقَطْ لحُصولِ الاستغراقِ بالاستثناءِ الثَّاني فيُلغَى دونَ الأوَّلِ.

ولو قال: «أنتِ طالقٌ ثنتينِ» لا تقَعُ واحدةٌ منهما فقيلَ: تقعُ ثنتينِ؛ لأنَّه بمنزلةِ الاستِثناءِ المُستغرقِ، وقيلَ: واحدةٌ، فكأنَّه قال: إلَّا واحدةً.

أو قـال: «أنتِ طالقٌ واحدةً وثانيةً لا» وقَعَ واحدةٌ، وكأنَّه قال: لا تقَعُ الثَّانية، أو «أنتِ لا طلقْتِ» أو «أنتِ لا طالقٌ» أو «أنتِ طالقٌ واحدةٌ» أو «لا شـيءَ»؛ لم تُطلَّقْ، على ما قاله الرُّويانِيُّ[1] في الأخيرةِ أنَّه قياسُ قولِ ابنِ سُريجٍ.

والعبرةُ بالملفوظِ دونَ المملوكِ، فلو قال: «أنتِ طالقٌ خمسًا إلَّا ثلاثًا» وقَعَ ثنتانِ، ولو قال: «أربعتُكُنَّ طوالقُ إلَّا فلانةً» أو «إلَّا واحدةً»؛ طلُقْنَ جميعًا، ولم

---

(١) «بحر المذهب» (١٠/ ١١٣).

يصِحَّ الاستثناءُ؛ لأنَّ الأربعَ ليسَتْ صيغةَ عمومٍ، وإنَّما هي اسمٌ خاصٌّ لعددٍ معلومٍ خاصٍّ، فقولُه: «إلَّا فلانةً» رفعٌ للطَّلاقِ عنها بعدَ التَّنصيصِ عليها، فهو كقولِه: «أنتِ طالقٌ طلاقًا لا يقَعُ عليكِ»، بخلافِ «أربعُكُنَّ[1] إلَّا فلانةَ طوالقُ»، فيصِحُّ الاستِثناءُ؛ لأنَّ الإخراجَ في هذه وقَعَ قبلَ الحُكمِ فلا تناقُضَ، بخلافِ الأولى، كذا نقَلَ الشَّيخانِ[2] المسألتينِ عنِ القاضي، وميلُهما إلى صحَّةِ الاستِثناءِ مُطلقًا، وبه صرَّحَ الماوَرْدِيُّ[3] وهو الأوجَهُ الموافقُ لصحَّةِ الاستِثناءِ مِن الأعدادِ في الإقرارِ، وإن كانت معيَّنةً كـ«هذه الأربعةِ لك إلَّا واحدًا منها» كما صرَّحَ به صاحبُ «التَّنبيهِ»[4] وغيرُه.

ولكَ أن تقولَ: كلٌّ ممَّا مالَا إليه، وما نقَلَاه يُشكِلُ على إطلاقِهما في مبحثِ التَّديينِ تصحيحَ عدمِ التَّدْيينِ فيما لو قال: «أربعُكُنَّ طوالقُ»، ثُم قال: «نويْتُ بقلْبِي إلَّا فلانةَ» فإنَّه لا يخْفَى على متأمِّلٍ عارفٍ أنَّ قضيَّةَ الأوَّلِ التَّدْيينُ هنا مُطلقًا، وأنَّ قضيَّةَ الثَّاني التَّدْيينُ إذا سبَقَتِ النِّيَّةُ المذكورةُ قوْلَه: «طوالقُ»؛ إذ حيثُ صحَّ الاستِثناءُ مُطلقًا أو مقيَّدًا انتظَمَ ذكْرُه مع اللَّفظِ، وما كان كذلكَ فهو مِن محلِّ التَّدْيينِ كما نصُّوا عليه، اللَّهمَّ إلَّا أن يكونَ ما أطلقَاه في مبحثِ التَّدْيينِ محمولًا على ما إذا لم يسبِقِ النِّيَّةَ ومفرَّعًا على المنقولِ عنِ القاضي؛ فليُتأمَّلْ.

أو قال: «نسائي طوالقُ إلَّا فلانةً» أو نسوةٌ زوجتُه فيهِنَّ: «أنتُنَّ طوالقُ إلَّا هذه» وأشارَ إلى زوجتِه، أو «إلَّا زوجَتِي»، أو «كلُّكُنَّ طوالقُ إلَّا فلانةً»؛ صحَّ أيضًا.

ولو قال ذو زوجةٍ: «كلُّ امرأةٍ لي طالقٌ إلَّا أنتِ» طُلِّقَتْ للاستغراقِ، أو «كلُّ

---

(١) في (ش): «أربعتكن».

(٢) «الشرح الكبير» (٩/ ١٢٨)، و«روضة الطالبين» (٨/ ١٧٩).

(٣) «الحاوي الكبير» (١٠/ ١٨٢).

(٤) «التنبيه في الفقه الشافعي» (ص ١٧٦).

امرأةٍ لي غيرُكِ» أو «سواكِ طالقٌ» لم تُطلَّقْ.

وسَوَّى السُّبكيُّ بينَ «إلَّا» و«غير» فقال: الذي استقرَّ رأيي عليه أنَّه إنْ قدَّمَ «غيرَ» فقال: «كلُّ امرأةٍ لي غيرُكِ طالقٌ» لم تُطلَّقْ، وإن أخَّرَها طُلِّقَتْ، وكذا القولُ في «إلَّا»، فإنْ قال: «كلُّ امرأةٍ لي إلَّا أنتِ طالقٌ» لم تُطلَّقْ، وإن قال: «كلُّ امرأةٍ لي طالقٌ إلَّا أنتِ» طُلِّقَتْ.

ولقائلٍ أن يقولَ: إن كان الاستغراقُ في «كلِّ امرأةٍ لي طالقٌ إلَّا أنتِ» باعتبارِ المملوكِ، فإنَّه في الواقعِ ليس إلَّا واحدةً لزِمَ مثْلُه في «أنتُنَّ طوالقُ إلَّا هذه» مشيرًا لزوجتِه التي فيهِنَّ مع صحَّةِ الاستِثناءِ كما تقدَّمَ، وإن كان باعتبارِ الألفاظِ فهو ممنوعٌ؛ لعُمومِ «كلِّ امرأةٍ لي» وخصوصِ «أنتِ»، ومعَ عمومِ المُستثنى منه وخصوصِ المُستثنى لا يُتصوَّرُ الاستغراقُ، لا يقالُ: يفرَّقُ بينَهما لعمومِ «كلِّ امرأةٍ لي»، بخلافِ «أنتُنَّ» إذ لا عمومَ فيه؛ لأنَّا نقولُ: هذا الفرْقُ إن لم يقتَضِ عكسَ الحُكمِ كان أقربَ إليه بدليلِ ما سبَقَ عنِ القاضي في «أربعُكُنَّ» مع انتقاضِه بما تقدَّمَ في «كلُّكُنَّ»، فإنَّه مِن صيغِ العُمومِ، فليُتأمَّلْ.

ولو قال: «أنتِ طالقٌ ثلاثًا غيرَ واحدةٍ» بنصبِ «غيرِ» وقَعَ طلقتان، أو بضمِّها قال الماورْدِيُّ[1] والرُّويانِيُّ[2]: قال أهلُ العربيَّةِ: يقَعُ ثلاثٌ؛ لأنَّه حينئذٍ نعْتٌ لا استثناءٌ. قالا: وليسَ لأصحابِنا فيه نصٌّ، فإن كان المطلِّقُ مِن أهلِ العربيَّةِ فالجوابُ ما قالُوه، أو مِن غيرِهم كان على ما قدَّمْناه مِن اختلافِ وجهيْنِ لأصحابِنا.

قال الأَذْرَعِيُّ: وينبَغِي أن يُستفسَرَ العاميُّ ويُعمَلَ بتفسيرِه. انْتَهى. فإن تعذَّرَ استفسارُه، أو قال: لم أُرِدْ شيئًا مِن الاستِثناءِ أو الصِّفةِ فلا يبعُدُ أن يكونَ كما

---

(١) «الحاوي الكبير» (١٠/ ٢٥٢).

(٢) «بحر المذهب» (١٠/ ١٢٤).

لو نصبَ للشَّكِّ مع احتمالِ اللَّفظِ للاستثناءِ، وقياسُ ذلكَ أنَّ الجَرَّ والسُّكونَ كالنَّصبِ مُطلقًا.

(**وَيَصِحُّ تَعْلِيقُهُ**) أي: الطَّلاقِ (**بِالصِّفَةِ**) كـ «أنتِ طالقٌ طلاقًا سُنيًّا» أو «بِدعيًّا»، وليسَتْ في حالِ سُنَّةٍ في الأوَّلِ ولا في حالِ بدعةٍ في الثَّاني، فتطلَّقُ إذا وُجِدَتِ الصِّفةُ، بخلافِ ما إذا كانت في ذلكَ الحالِ، أو قال: «سُنيًّا بِدعيًّا» فتطلَّقُ في الحالِ.

(**وَالشَّرْطِ**) بشروطِ الاستِثناءِ السَّابقة ما عدا الاستغراقَ؛ لعدمِ تصوُّرِه هنا، وينبَغِي جريانُ ذلكَ في التَّعليقِ بالصِّفةِ أيضًا كـ «إنْ دخلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ» أو «إن دخلْتُ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ» فيقَعُ عندَ وجودِ المُعلَّقِ عليه لا قبْلَه، وإن قال: «عجَّلْتُ الطَّلاقَ المُعلَّقَ»، وقضيَّة كلامِ الشَّيخيْنِ[1] عدمُ وقوعِ طلقةٍ في الحالِ بقولِه: «عجَّلْتُ الطَّلاقَ المُعلَّقَ»، وردَّه الإِسْنَوِيُّ بأنَّه: يقَعُ في الحالِ طلقةً جزمًا، والخلافُ في وقوعِ أُخرى عندَ وجودِ الصِّفةِ كما ذكَرَه الإمامُ وغيرُه. انْتَهى.

ولو قال: «أنتِ طالقٌ إن» أو «إن لم» وقال: «قصدْتُ التَّعليقَ بالشَّرطِ» فإن منَعَ مِن الإتمامِ صُدِّقَ ظاهرًا بيَمينِه، وإلَّا فلا، فلو تعذَّرَتْ مراجعتُه ولا قرينةٌ قال الإِسْنَوِيُّ: فالقياسُ عدمُ الوقوعِ. وخالَفَه شيخُ مشايخِنا[2] فقال: بلِ القياسُ الوقوعُ؛ لأنَّ سكوتَه عن الاستِثناءِ بلا مانعٍ يدُلُّ على الإضرابِ عنه، ودلالةُ الصِّيغةِ على موضوعِها مِن التَّعليقِ مشروطةٌ بذكْرِ مدخولِها.

ولوِ ادَّعى إرادةَ التَّعليقِ كـ إن قال: «أنتِ طالقٌ»، ثُمَّ قال: «أردْتُ إنْ دخلْتِ الدَّارَ»، و«إن شاءَ زيدٌ»؛ لم يُقبلْ ظاهرًا.

---

(١) «الشرح الكبير» (٩/ ٦٠)، و«روضة الطالبين» (٨/ ١١٥).

(٢) «أسنى المطالب» (٣/ ٢٨٨).

ولـو قال: «إن دخلْتِ الـدَّارَ أنتِ طالقٌ» بحذفِ الفـاءِ كان تعليقًا، وصوَّبَ الإِسْـنَوِيُّ[١] أنَّـه إن كان نحويًّا وقَعَ الطَّـلاقُ الآنَ بجعْلِ «إن» نافيـةً؛ بدليلِ ما قالوه فيما لو فتَحَ «أن»، وإلَّا لم يقَعْ شيءٌ.

ورُدَّ ما قاله في النَّحوِيِّ بأنَّه صحيحٌ إن نَوَاه دونَ ما إذا أطلَقَ؛ لأنَّ المكسورةَ ظاهرةٌ في الشَّرطِ، والفاءُ تُحذَفُ كثيرًا.

أو «إن دخلْتِ الدَّارَ وأنتِ طالقٌ» بالواوِ، فإن قصَدَ التَّعليقَ بالأوَّلِ أوِ التَّنجيزَ بالثَّاني أو جعْلَهما شرطيْنِ لنحوِ طلاقٍ؛ صُدِّقَ، لكن بيمينٍ فيما عدا الثَّاني، وإن أطلَقَ فإن كان نحويًّا فهو لغوٌ، أو غيرَه حُمِلَ على التَّعليقِ بالدُّخولِ.

نعَمْ إن جعَلَ النَّحويُّ «إنْ» نافيةً احتمَلَ كونُ الواوِ للحالِ فلا يقَعُ طلاقٌ، أو للعطفِ فيقَعُ فيُسـأَلُ، فإن تعذَّرَتْ مراجعتُه بموتٍ أو غيرِه لم يقَعْ شـيءٌ، وإن جهِلْنـا كونَه نحويًّـا أو لا فالمُتَّجِهُ عـدمُ الوقوعِ عندَ تعـذُّرِ المُراجعةِ، نبَّهَ على جميعِ ذلكَ الإِسْنَوِيُّ.

أو «أنـتِ طالقٌ أن دخلْـتِ» أو «أن لم تدخُلِي» بفتـح «أنْ» فيهما، فإن كان نحويًّا وقَعَ في الحالِ، أو غيرَه فتعليقٌ.

أو «أنـتِ طالـقٌ أن شـاءَ اللهُ» بفتحِ «أنْ» وقَـعَ في الحالِ، سـواءٌ فيه النَّحويُّ وغيرُه، وفرَّقَ الزَّرْكَشِـيُّ بينَ هذا وما قبْلَه: بـأنَّ هذا لا يغلِبُ فيه التَّعليقُ، فعندَ الفتـحِ ينصـرِفُ للتَّعليلِ به مُطلقًا، والثَّاني يغلِبُ فيـه التَّعليقُ، فعندَ الفتحِ يُفرَّقُ بينَ العالمِ بالعَربيَّةِ وغيرِه، فلوِ ادَّعى غيرُ النَّحويِّ قصْدَ التَّعليقِ في «أن شاءَ اللهُ» بالفتحِ فينبَغِي قبوله، بخلافِ النَّحويِّ، لكن ينبَغِي أن يُدينَ.

---

(١) «المهمات» (٧/ ٣٦٦).

ولو قال ابتداءً: «فأنتِ طالقٌ»، وزعَمَ أنَّه أرادَ الشَّرطَ فسبَقَ لسانُه إلى الجزاءِ؛ لم يُقبلْ ظاهرًا لاتِّهامِه.

وقد تُزادُ الفاءُ للتَّزيينِ، وقد يُقصَدُ أن يقولَ: أمَّا بعدُ فأنتِ طالقٌ.

أو قال: «أنتِ طالقٌ وإن دخلْتِ الدَّارَ» أو «وإنْ دخلْتِ أنتِ طالقٌ» وقَعَ حالًا وإن لم تدخُلْ، فلو قصَدَ التَّعليقَ دُيِّنَ.

ولو قال: «التي تدخُلُ الدَّارَ مِن نِسائي طالقٌ» فهو تعليقٌ بالدُّخولِ، بخلافِ «هذه التي تدخُلُ الدَّارَ طالقٌ» مشيرًا إلى معيَّنةٍ فتُطلَّقُ حالًا وإن لم تدخُلْ.

ولو قال: «أنتِ طالقٌ لا دخلْتِ الدَّار» فإن كانت «لا» في لُغتِه كـ «إن» كبغداديٍّ؛ كان تعليقًا، وإلَّا طُلِّقَتْ حالًا.

أو «أنتِ طالقٌ لا أدخُل هذه الدَّارَ» كان تعليقًا.

وإن لم تكُنْ «لا» في لغتِه كان على ما هو ظاهرُ إطلاقِهم، واستشكَلَه شيخُ مشايخِنا[1] بما قبْلَه، ثُمَّ فرَّقَ بأنَّ المضارعَ على أصلِ وضْعِ التَّعليقِ الذي لا يكونُ إلَّا بمستقبلٍ، فكان ذلكَ تعليقًا مُطلقًا، بخلافِ الماضي.

ولو قال: «أنتِ طالقٌ في الدَّار» فكقولِه: «إن دخلْتِ الدَّارَ» لكن ينبَغِي تقييدُه بما إذا قصَدَ التَّعليقَ أخذًا من قولِهم فيما لو قال: «أنتِ طالقٌ في البحرِ» أو «في مكَّةَ» أو «في الظِّلِّ» أو نحوَ ذلكَ ممَّا لا يُنتظَرُ أنَّه يقَعُ حالًا إن لم يقصِدِ التَّعليقَ، بخلافِ ما يُنتظَرُ كالشِّتاءِ فهو تعليقٌ.

ولو قال: «أنتِ طالقٌ بشرطِ أن لا تدخُلِي الدَّارَ» أو «على أن لا تدخُلِي الدَّارَ» أو «لا تسافِري» قال السُّبكِيُّ في «شرحِ المنهاجِ»: وقَعَ الطَّلاقُ في الحالِ[2].

---

(١) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٣٣).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣٤٠).

قال النَّاشرِيُّ: وفي فتاوي الأصبحِيِّ ما يخالِفُ ما قال[1].

وقد يمتنِعُ الوقوعُ عندَ التَّعليقِ بالشَّرطِ، كما لو علَّقَ الطَّلاقَ أو تعليقَه على مشيئةِ اللهِ تعالى، أو على عدمِها كـ «أنتِ طالقٌ إن شاءَ اللهُ»، أو «أرادَ» أو «رضِيَ» أو «بمشيئتِه» أو «إرادتِه» أو «رِضاه»؛ لأنَّ الباءَ في ذلكَ على ظاهرِ اللُّغةِ بمعنى التَّعليقِ، كما في «أخرجْ بمشيئةِ اللهِ تعالى»، أو «أنتِ طالقٌ بدخولِ الدَّارِ» أي: إن دخلْتِ الدَّارَ، قاله العبَّاديُّ، وكـ «أنتِ طالقٌ إن دخلْتِ الدَّارَ إن شاءَ اللهُ تعالى» أو «بمشيئتِه»، وكـ «أنتِ طالقٌ إن لم يشَأِ اللهُ» أو «ما لم يشَأِ اللهُ» أو «إلَّا أن يشاءَ اللهُ» أي: طلاقَكِ.

ولو لم يقصد التَّعليقَ بالمشيئةِ، كأن قصَدَ التَّبرُّكَ أو أن كلَّ شيءٍ بمشيئتِه، أو سبَقَتْ إلى لسانِه لتعوده بها، أو لم يعلَمْ هل قصَدَ التَّعليقَ أم لا، أو لم يقصِدْ به شيئًا؛ وقَعَ في الحالِ، وإن كان وضعَ ذلكَ للتَّعليقِ لانتفاءِ قصْدِه كما أنَّ الاستثناءَ موضوعٌ للإخراجِ ولا بدَّ من قصْدِه.

ولو قال: «أنتِ طالقٌ إن شاءَ اللهُ» أو «إن لم يشَأِ اللهُ» طلُقَت في الحالِ، قاله العبَّاديُّ.

وكذا لو قال: «بأمْرِ اللهِ» أو «بعلْمِه» أو «بقدرتِه» أو «بحكمتِه»، إذ لا يُفهَمُ منها التَّعليقُ، فلو قال: «في مشيئة اللهِ» أو «في رِضاه» أو «في حُكْمِه» لم تُطلَّقْ، أو «في علْمِه» طلُقَت في الحالِ؛ لأنَّه قد يقصِدُ بـ «في» الاستقبالَ؛ كـ «أنتِ طالقٌ في دخولِكِ» أي: إن دخلْتِ، وعلْمُه تعالى قد سبَقَ وأحاطَ بجميعِ الأشياءِ، بخلافِ ما لو قال: «في مشيئةِ زيدٍ» أو «في علْمِه» فلا يقَعُ؛ إذ قد يعلَمُ وقوعَه وقد لا يعلَمُ.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣٤٠).

أو «أنتِ طالقٌ ما شـاءَ زيدٌ» ولـم تُعلَمْ مشـيئتُه، أو «ما شاءَ اللهُ» وقَعَ واحدةٌ؛ لأنَّها اليقينُ.

أو «أنـتِ طالـقٌ إلَّا أن يجِيءَ الغدُ» قـال القاضي: لـم يصِحَّ الاسـتِثناءُ فيقَعُ لمجيءِ الغدِ لا محالةَ.

ولو قال: «أنتِ طالقٌ واحدةً وثلاثًا إن شـاءَ اللهُ» أو «ثلاثًا وواحدةً إن شـاءَ اللهُ» أو «ثلاثًـا وثلاثًـا إن شـاءَ اللهُ» وقَـعَ واحـدةٌ في الأوَّلِ وثلاثٌ فيمـا بعدَه؛ لاختصـاصِ التَّعليقِ بالأخيرِ بخـلافِ واحدةٍ ثلاثًا، أو ثلاثًا ثلاثًا إن شـاءَ اللهُ، فلا يقَعُ شيءٌ؛ لعَودِ المَشيئةِ إلى الجميع، لحذْفِ العاطفِ.

أو «حفصةُ طالقٌ وعَمرَةُ طالقٌ إن شـاءَ اللهُ» ولم ينْوِ عوْدَ الاسـتِثناءِ إلى كلٍّ من المُتعاطفيْنِ طلُقَت حفصُة دونَ عَمرةَ.

وكـذا «حفصـةُ وعمرةُ طالقان إن شـاءَ اللهُ» كما في «الرَّوضـةِ»[1]، لكن ردَّه الإِسْنَوِيُّ بأنَّه تابعٌ لبعضِ نسخِ الرَّافِعِيِّ السَّقيمةِ، وأنَّ الذي في نسَخِه الصَّحيحةِ، وصرَّح به البَغَويُّ: عدمُ الوقوعِ على واحدةٍ منهما.

ولـو قـال: «أنتِ طالقٌ أنتِ طالقٌ أنت طالقٌ إن شـاءَ اللهُ» قاصدًا التَّوكيدَ لم تُطلَّـقْ، كذا ذكَرَه الشَّـيخانِ، ومفهومُه أنَّه لو قصَدَ الاسـتئنافَ طُلِّقَتْ واختصَّ التَّعليـقُ بالأخيـرِ، وهو قياسُ نظائـرِه ممَّا ذُكِـرَ، ولا يخْفَى أنَّ مـا تضمَّنَه هذا الـكلامُ مِن اختصاصِ عودِ المَشـيئةِ للجميعِ بحالةِ عـدمِ العَطفِ مُخالفٌ لما ذكَـرُوه في بـابِ الوقْفِ مِـن عَودِ نحـوِ الاسـتِثناءِ للجميعِ عندَ العطـفِ، ولِما صحَّحَه النَّوَوِيُّ[2] في الأيمانِ مِن عَوْدِه للجَميعِ حالةَ العطفِ.

(١) «روضة الطالبين» (٨/ ١٧٢).

(٢) «روضة الطالبين» (١١/ ٥).

ولهذا نسَبَ في «الخادمِ» النَّوَوِيَّ إلى التَّناقضِ؛ لكونِه جزمَ في كتابِ الوقْفِ بالعَـودِ للجميـعِ وصحَّحَـه في كتابِ الأيمـانِ، وصحَّـحَ هنا العَـودَ للأخيرةِ، والأوجَهُ العَودُ للجميعِ هنا كما في البابيْنِ الأخيريْنِ.

ولهـذا لمَّا نقَلَ الرَّافِعِـيُّ[1] عنِ ابنِ الصَّبَّاغِ في «أنتِ طالـقٌ ثلاثًا وواحدةً إن شـاءَ اللهُ» أو «واحـدةً وثلاثًا إن شـاءَ اللهُ» أنَّ الذي يقتَضِيـه المَذهبُ أنَّه لا يقَعُ شيءٌ، ثمَّ خالفَه، ذكر في «الخادمِ» أنَّ الرَّاجحَ ما قاله ابنُ الصَّبَّاغِ، وأنَّه تبِعَه عليه الرُّويَانِيُّ في «البحرِ»[2] وأنَّ ابنَ الرِّفْعَةِ[3] قال: إنَّه اللَّائقُ بمَذهبِ الشَّافعيِ.

ومِـن هنـا يتَّجِهُ مـا في «فتـاوي الغَزَالِيِّ» مِنَ العَـودِ للجَميـعِ في «أنتِ طالقٌ واحدةً واثنتينِ وثلاثًا إن شاءَ اللهُ».

ويظهَرُ أنَّ قولَ بعضهم عقِبَه: «ولعلَّه على وجهٍ» ليس على ما ينبَغِي، نعَمْ قد عُلِمَ أنَّه لابدَّ من قصْدِ التَّعليقِ بالمَشيئةِ قبلَ فراغِ ما قبْلَه، فهل يكْفِي هنا وجودُ قصْـدِه قبـلَ فـراغِ المَذكورِ الأَخيـرِ وإنِ انتفَى فيمـا قبْلَه، أو لا بـدَّ مِن وُجودِه قبـلَ الفَراغِ مِن كلِّ مذكورٍ، أو بفصلٍ في العَطـفِ بينَ عطفِ المفرداتِ فيكْفِي وجـودُه قبـلَ الأخيرِ، وعطفِ الجملِ فـلا يكْفِي، والفرقُ اسـتقلالُ كلِّ جُملةٍ للنَّظرِ في ذلكَ مجال، والاكتفاءُ بوجودِه قبلَ الأخيرِ فقَطْ كالمُستبعدِ في الجُملِ مُطلقًا، وإن كان قوَّةُ إطلاقِهم قد تعْطِيه.

لكن قـال الرَّافِعِيُّ[4] في الأيمانِ: قال القاضي أبو الطَّيبِ: لو قال: «إن شـاءَ اللهُ أنـتِ طالـقٌ» و«عبدي حـرٌّ» لا تُطلَّقُ ولا يعتِقُ، ولو قال: «إن شـاءَ اللهُ أنتِ طالـقٌ عبدي حُـرٌّ» فكذلكَ؛ لأنَّ حرفَ العَطفِ قد يُحـذَفُ مع إرادةِ العاطفِ،

---

(١) «الشرح الكبير» (٩/ ٣٤).

(٢) «بحر المذهب» (١٠/ ١٣٢).

(٣) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٤/ ٤٥).

(٤) «الشرح الكبير» (١٢/ ٢٣٢).

وليكُـنْ هذا فيما إذا نَوَى صرْفَ الاستِثناءِ إليهما جميعًا، فإن أطلَقَ فيُشبِهُ أن يَجيءَ خلافٌ في أنَّه يختَصُّ بالجُملةِ الأولى أو يعمُّهما. قال في «الرَّوضةِ»[١]: قلْتُ: الصَّحيحُ التَّعميمُ في الصُّورتيْنِ، انْتَهى.

ولا يخْفَى صراحةُ هذا الكلامِ في تعلُّقِ المَشيئةِ عندَ تقدُّمِها بجميعِ المَذكوراتِ حالتَي العَطفِ وعدمِه وإن لم يقصِدْ تعلُّقَها بالجميعِ، بلِ اقتصَرَ على مُجرَّدِ قَصدِ التَّعليقِ على الإجمالِ كما هو المُرادُ بالإطلاقِ المَذكورِ على ما قاله الزَّرْكَشِيُّ في الأيمانِ حيثُ قال: قلْتُ: مرادُه -أي: مرادُ الرَّافِعِيِّ- بالإطلاقِ نيَّةُ الاستِثناءِ في الجُملةِ مِن غيرِ أن يخطُرَ ببالِه تعرُّضٌ لتوزيعِه على الحلِفِ أو لا. انْتَهى.

لكنه قال هنا: لو تقدَّم -أي: الشَّرطُ- بأن قال: «إن شاءَ اللهُ أنتِ طالقٌ» فلا يُشترَطُ فيه نيَّةُ التَّعليقِ حينئذٍ، صرَّحَ به الرَّافِعِيُّ[٢] في كتاب الأيمانِ، فإنَّه نقَلَ عن أبي الطَّيِّبِ وساقَ ما تقدَّمَ عنه ثم قال: قال ابنُ الرِّفْعَةِ[٣]: وهذا يقتَضِي أنَّه لا تُشترَطُ النِّيَّةُ إذا تقدَّمَ التَّعليقُ. انْتَهى.

وعلى الأوَّلِ فيُمكِنُ أن يُؤخَذَ منه تأييدُ الاحتمالِ الأوَّلِ؛ لأنَّه إذا تعلَّقَتِ المَشيئةُ مع تقدُّمِها بآخرِ المذكوراتِ مع عَدمِ قصْدِه بها تعلَّقَتِ المُتأخِّرةُ بأوَّلِها وإن لم يقصِدْها عندَه بجامعِ عدمِ قصْدِها عندَه في الموضعيْنِ، فليُتأمَّلْ.

وشمل قولُه: «الشَّرْط» ما لو كان المشروطُ فعلًا، فيقَعُ الطَّلاق عندَ وجودِه ولو من مُكرهٍ عليه وناسٍ للتَّعليقِ عليه وجاهلٍ بصدورِ التَّعليقِ، أو بكونِه على ذلكَ الفعلِ.

---

(١) «روضة الطالبين» (١١/ ٥).
(٢) «الشرح الكبير» (١٢/ ٢٣٢).
(٣) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٤/ ٣١).

نعَمْ إن كان فعْلُ نفسِه وإن قصَدَ مُجرَّدَ التَّعليقِ وعدمَ الامتناعِ مِن الفعلِ أوِ التَّركِ كما هو قضيَّةُ إطلاقِهم، لكِنْ فيه وقفةٌ، أو كان فعلَ غيرِه وكان يُبالِي به بأن يشُقَّ عليه حنثُه لنحوِ صداقةٍ أو حياءٍ، وقد قصَدَ بحلفِه منْعَه أو حثَّه وقصَدَ إعلامَه بالحلفِ ليمتنِعَ أو يفعَلَ وإن لم يعلَمْ به، وإن تمكَّنَ الحالِفُ مِن إعلامِه لم يقَعْ عندَ وجودِه ممَّن ذُكِرَ كما اقتضاه كلامُ «الرَّوضةِ»[1] و«أصْلِها»[2] فيما إذا قصَدَ إعلامَه ولم يعلَمْ به، وإنِ اعتمد جمعٌ منهم الإِسْنَوِيُّ[3] الوقوعَ حينئذٍ.

نعَمْ إن أنكَرَ الحالفُ وقوعَ الفعلِ منه فأثبتَ عليه أنَّه فعَلَه، فادَّعَى النِّسيانَ؛ لم ينفَعْه ذلكَ كما قاله الأَذْرَعِيُّ[4]، بخلافِ ما إذا لم يكُنْ يبالي به أو لم يقصِدْ منعَه أو حثَّه أو إعلامَه، فيقَعُ عندَ وجودِه مُطلقًا.

ولو علَّقَ بفعلِه ناسيًا أو جاهلًا أو مكرهًا ففعَلَه كذلكَ وقَعَ؛ لأنَّه فعْلُه، وقد ضيَّقَ على نفسِه، بخلافِ ما لو حلَفَ لا ينْسَى فنسِيَ لا يقَعُ؛ لأنَّه لم ينْسَ بل نُسِّيَ، فلو فعَلَه عالمًا عامدًا مختارًا مثلًا لم يقَعْ فيما يظهَرُ؛ لعدمِ وجودِ الصِّفةِ، إذِ المَقصودُ حينئذٍ مُجرَّدُ التَّعليقِ وبهذا تتأيَّدُ الوقفةُ السَّابقةُ، أو بفعلِ نحوِ بهيمةٍ وطفلٍ ففعلَ مختارًا وقَعَ، أو مكرهًا فلا.

وفرَّقَ شيخُ مشايخِنا[5] بينَ ذلكَ وبينَ الوقوعِ فيما إذا لم يعلَمِ المُعلَّقُ بفعلِه التَّعليقَ، وكلٌّ ممَّن لا يُبالِي بتعليقِه، أو ممَّن يُبالِي ولم يقصِدِ الحالفُ إعلامَه وفعَلَ مكرهًا بأنَّ فعلَ الآدميِّ منسوبٌ إليه وإن أتَى به مُكرهًا، ولهذا يضمَنُ به، بخلافِ فعلِ البهيمةِ، فكأنَّها حينَ الإكراهِ لم تفعَلْ شيئًا. انْتَهى. وهو منقوضٌ بفعلِ الطِّفلِ.

---

(١) «روضة الطالبين» (٨/ ٥٥).
(٢) «الشرح الكبير» (٨/ ٥٥٤).
(٣) «المهمات» (٧/ ٣١٩).
(٤) «قوت المحتاج» (٦/ ٣٧٩).
(٥) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٣١).

وهلِ المُرادُ به غيرُ المُميِّزِ أو غيرُ البالغِ؟ فيه نظرٌ، والذي يظهَرُ الثَّاني.

هذا كلُّه في الحلِفِ على فعلٍ مُستقبلٍ، فإن حلَفَ على نفيِ شيءٍ وقَعَ جاهلًا بـه أو ناسـيًا له كما لو حلَفَ أنَّ زيـدًا ليس في الدَّارِ وكان فيهـا ولم يعلَمْ به، أو علِـمَ ونسِـيَ، فإن قصَدَ بحلِفِه أنَّ الأمرَ كذلكَ في ظنِّـه أو فيما انْتَهى إليه علْمُه، أي: لـم يعلَمْ خلافَه ولم يقصِدْ أنَّ الأمرَ كذلكَ في الحقيقةِ لم يحنَثْ؛ لأنَّه إنَّما حلَـفَ علـى مُعتقدِه، وإن حلَفَ أنَّ الأمرَ كذلـكَ أو أطلَقَ ففي الحنثِ قولانِ، رجَّـحَ ابنُ الصَّلاحِ وغيرُه الحنْثَ، وصوَّبَه الزَّرْكَشِـيُّ؛ لأنَّـه غيرُ معذورٍ، إذْ لا حـثَّ ولا منعَ، بـل تحقيقٌ فكانَ عليه أن يتثبَّتَ قبلَ الحلِفِ، بخلافِه في التَّعليقِ بالمُستقبلِ، ورجَّحَ الإِسْنَوِيُّ وغيرُه أخذًا من كلامِ الشَّيخيْنِ عدمَ الحنْثِ. قال شيخ مشايخِنا: وهو الأوجَهُ[1]. انْتَهى.

واعتمَدَ جَمعٌ مِن شيوخنِا الحِنْثَ في الأُولى، أعنِي إذا قصَدَ أنَّ الأمرَ كذلكَ في نفسِ الأمرِ.

ويتَّجِـهُ أن يُسـتثنَى منها عليه ما لو قصَدَ أنَّـه كذلكَ في نفسِ الأمرِ في ظنِّه فلا حنْثَ، وهو مرادُهم بلا شكٍّ.

ولـو قال: «إن لم تدخُلِي الدَّارَ اليومَ فأنتِ طالقٌ» فنسِـيَتِ الحلِفَ ودخَلَتْ في ذلكَ اليومِ فهَلْ يتخلَّصُ بذلكَ الدُّخولِ؟

قال الزَّرْكَشِيُّ: فيه احتمالٌ، والأقرَبُ الانحلالُ. انْتَهى.

فـإن صحَّ ما رجَّحَه اسـتفَدْنا منه أنَّ فعْلَ النَّاسِـي يوجِـبُ الانحلالَ إذا كان المُعلَّقُ عليه انتفاءَ الفعلِ، وقياسُـه أنَّ فعْلَ المُكـرهِ كذلكَ، وعلى هذا فقولُهم

---

(١) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٣١).

أنَّه لا أثَرَ لفعلِ النَّاسِي في برٍّ ولا حنْثٍ محلُّه إذا كان المُعلَّقُ عليه الفعلَ.

ولـوِ ادَّعَى رجلٌ سـمِعَ منـه التَّلفُّظَ بالطَّلاقِ أنَّه قال متَّصـلًا به: إن كان كذا، صُدِّقَ بيمينِه كما أفْتَى به الأصبحِيُّ.

ولـو قال: «أنتِ طالقٌ ثلاثًـا» ثم قال: «قلْتُ: إن شـاءَ اللهُ» وأنكَرَتِ الزَّوجةُ صُدِّقَتْ بيمينِها؛ لأنَّه أوقَعَ الطَّلاقَ وأرادَ رفعَه بشيءٍ الأصلُ عدمُه. ويؤخَذُ من ذلكَ تقييدُ تصديقِه في مسألةِ الأصبحِيِّ بعدمِ إنكارِ الزَّوجةِ.

ولو قال: «إن غبْتُ عنِ البلدِ المدَّةَ الفلانيَّةَ ولم أوصلْكِ النَّفقةَ فأنتِ طالقٌ» وغـابَ تلكَ المـدَّةَ صُدِّقَتْ بيمينِها أنَّـه لم يوصِلْها النَّفقةَ، فـإذا حلَفَتْ طلُقتْ كمـا بحَثَه ابنُ الصَّـلاحِ[1] إذا ثبتَتْ غيبتُه تلكَ المدَّةَ، وأيَّـدَه بعضُهم بما صرَّحَ بـه الأصحـابُ مِن تصديقِهـا بيمينِها فيما لو علَّـقَ طلاقَها بخروجِهـا بغيرِ إذنِه فخرَجَتْ فادَّعَى الزَّوجُ أنَّه بالإذنِ، وأنكَرَتْ، لكنْ أفْتَى القاضي بتصديقِ الزَّوجِ بالنِّسـبةِ لعدمِ الوقوعِ، وتصديقِ الزَّوجةِ بالنِّسبةِ لإيجابِ النَّفقةِ، وقد يُفرَّقُ بينَه وبينَ مسألةِ الأصحابِ المذكورةِ.

وفي «فتاوى السُّبكيِّ»[2] فيما لو قال: «إن مضَتْ مدَّةُ كذا ولم أدخُلْ بها فهي طالقٌ» فمضَتْ تلكَ المُدَّةُ وهو غائبٌ أنَّه إن شـهِدَ أربعُ نِسوةٍ بالبكارةِ وحلَفَتْ على عدمِ[3] الدُّخولِ لأجلِ غيبتِه حُكِمَ بوقوعِ الطَّلاقِ.

ولـو طلَّـقَ ثلاثًا فشـهِدَ اثنانِ أنَّـه قال: «إن شـاءَ اللهُ» فعَـنِ الخُوارزمِـيِّ أنَّه يعتمدهمـا إن كان في حالـةِ غضبٍ[4]؛ لأنَّه في هذه الحالةِ يقولُ ما لا يعلَمُ، وإلَّا فلا؛ لأنَّ العلْمَ لا يُترَكُ بالظَّنِّ.

---

(١) «فتاوى ابن الصلاح» (٢/ ٤٤٤- ٤٤٥).
(٢) «فتاوى السبكي» (٢/ ٣١٣).
(٣) في (ش): «نفي».
(٤) في (ج): «الغضب».

قال الزَّرْكَشِيُّ: وفيه نظرٌ؛ إذ لا يلزَمُ مِن تلفُّظِه بالمَشيئةِ حصولُ الاستِثناءِ المُعتبَرِ، والقاعدةُ أنَّ فعْلَ النَّفسِ لا يرجعُ فيه لقولِ أحدٍ كالمعدِّلِ والقاضي والشَّاهدِ، ونقَلَ الشَّيخانِ[1] عن أبي العبَّاسِ الرُّويانِيِّ فيما لو حلَفَ لا يفعَلُ كذا، فأخبَرَه عدلانِ أنَّه فعَلَه وظنَّ صدْقَهما أنَّه يلزَمُه الحنْثَ.

قال الإِسْنَوِيُّ: وهو إنَّما يأتِي إذا أوقَعْنا طلاقَ النَّاسِي.

ولو حلَفَ أنَّ هذا الشَّيءَ هو الذي أخذْتُه مِن فلانٍ فشهِدَ عدلانِ أنَّه غيرُه طلُقت. قال الإِسْنَوِيُّ: ومحلُّه إن تعمَّدَ، فإن كان جاهلًا لم يحنَثْ.

قال العِرَاقِيُّ: وسُئلْتُ عمَّن طُلِبَ منه المبيتُ عندَ شخصٍ فحلَفَ لا يبيتُ سِوى اللَّيلةِ الفلانيَّةِ لليلةٍ مُستقبلةٍ، هل يحنَثُ بترْكِ مبيتِها؟ فأجبْتُ بأنَّ مُقتَضى قاعدةِ النَّفيِ والإثباتِ الحنْثُ، لكن أفْتَى شيخُنا البُلقِينيُّ بحضوري فيمن حلَفَ لا يشْكُو غريمَه إلَّا مِن حاكِمٍ شرعيٍّ هل يحنَثُ بترَكِ الشَّكْوى مُطلقًا؟ فأجابَ بعدمِه، ويوافِقُه تصحيحُ النَّوَوِيِّ في «الرَّوضةِ»[2] فيمَنْ حلَفَ لا يطأُ في السَّنةِ إلَّا مرَّةً أنَّه لا يحنَثُ بترْكِ الوطءِ مُطلقًا، وهو ناظرٌ للمعنى مخالفٌ للقاعدةِ المتقدِّمةِ. انْتَهى.

وأقولُ: لا نُسلِّمُ المُخالفةَ للقاعدةِ، وذلكَ لأنَّ الإثباتَ بحسبِ المقصودِ مِن النَّفيِ، والمقصودُ هنا مِن النَّفيِ هو منعُ نفسِه مِن المَبيتِ فيما عدا اللَّيلةِ المُستثناةِ، فيكونُ المقصودُ مِن الإثباتِ هو إباحةُ مبيتِه فيها لا التزامُه، فلا يحنَثُ بالتَّركِ فتأمَّلْه فإنَّه حسنٌ دقيقٌ.

---

(١) «الشرح الكبير» (١٢/ ٣٥٠)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٨٦).

(٢) «روضة الطالبين» (٨/ ٢٤١).

ثُـمَّ رأيْتُ الإِسْـنَوِيَّ[1] قـال: وعدمُ الحنْـثِ هنا أي: في مسـألةِ «الرَّوضةِ»[2] السَّـابقةِ لا يُخالِفُ أنَّ الاسـتِثناءَ مِن النَّفيِ إثباتٌ؛ لأنَّه في مثالِنا وهو المسـتقبلُ منعُ نفسِـه مِن وطءِ غيرِ المـرَّةِ وأخرَجَ المرَّةَ، فقيل: الثَّابـتُ نقيضُ الملفوظِ به قبْلَـه، فعليه إذا لـم يطَأِ المرَّةَ يحنَـثُ، وقيلَ: الثَّابتُ نقيضُ ما دلَّ عليه لفْظُه وهو الامتناعُ فعليه إذا انتَفَى الامتناعُ في المرَّةِ ثبَتَ التَّخييرُ فيها، بخلافِ الحلِفِ على ماضٍ أو حاضرٍ كـ «لَمْ أطَأْ إلَّا مرَّةً»، فيحنَثُ إذا لم يكُنْ قد وطِئَها جزمًا؛ لانتفاءِ توجيهِ التَّخييرِ، ولهذا لو قال: «ليس له عليَّ إلَّا مئةٌ» لزِمَتْه جزمًا. انْتَهى.

وفي «فتاوى السُّـبكيِّ»[3] فيمَن حلَفَ ليعطِيَـنَّ فلانًا كذا كلَّ يومٍ، فمَضَى يومٌ ولـم يُعْطِه: أنَّه يقَعُ عليه طلقةٌ وتنحَلُّ اليمينُ.

(**وَلَا يَقَـعُ الطَّلَاقُ**) الصَّادرُ تنجيزًا أو تعليقًا (**قَبْـلَ النِّكَاحِ**) أي: التَّزوُّجِ[4] لمَنْ أرادَ طلاقَهـا لا قبلَ النِّـكاحِ ولا بعدَه؛ كقولِه لأجنبيَّةٍ كبائـنٍ منه: «أنتِ طالقٌ» أو «إن تزوَّجْتُكِ أو دخلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ»، أو «كلُّ امرأةٍ أتزوَّجُها أو تدخُلُ الدَّارَ فهي طالقٌ» فلا تُطلَّقُ على زوجِها ولا بتزوُّجِها ولا بدخولِها الدَّارَ بعدَ تزوُّجِها[5] لانتفـاءِ الولايـةِ عليها، وقـد قال ﷺ: «**لا طـلاقَ إلَّا بَعْدَ نِكَاحٍ، وَلَا عِتْـقَ إلَّا بَعْدَ مِلْـكٍ**»[6]، أي: لا طلاقَ واقعٌ أو معلَّقٌ ولا عتقَ كذلكَ إلَّا لمَنْ يملِكُ، ولا يجوزُ حمْلُه علـى وقوعِ الطَّلاقِ دونَ عقْدِه؛ لأنَّ عدمَ الوقوعِ على الأجنبيَّةِ معلومٌ لكلِّ أحـدٍ، فوجَـبَ حمْلُه على الأمريْنِ ليفيـدَ، ولأنَّه لو قال: «إن دخلْـتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ» ثم نكَحَها ثُمَّ دخلَتْ لم يقعِ اتِّفاقًا، فكذلكَ «إن تزوَّجْتُكِ»؛ لانتفاءِ الفارقِ.

---

(١) «المهمات» (٧/ ٤٦٧).
(٢) «روضة الطالبين» (٨/ ٢٤١).
(٣) «فتاوى السبكي» (٢/ ٣١٣).
(٤) في (ج): «التزويج».
(٥) في (ج): «تزويجها».
(٦) رواه الدارقطني (٣٩٣٥)، والبيهقي (١٤٨٨٨)، والحاكم (٣٥٦٩) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

فلـو رفَعَ التَّعليقَ في نحوِ «كلُّ امرأةٍ أتزوَّجُها فهي طالقٌ» إلى حاكمٍ شـافعيٍّ فله الحكمُ ببطلانِه كما صـرَّحَ به العبَّادِيُّ والهروِيُّ[1]، ويجِبُ أن يكونَ محلُّه إذا لـم يحكُـمْ به حاكمٌ يَراه كمالكـيٍّ، وإلَّا امتنَعَ التَّعرُّضُ لـه كغيرِه مِن مواقعِ الاختلافِ.

ومـا وقَعَ لأبي زُرعـةَ العِراقيِّ ممَّا يخالِفُ ذلكَ احتجاجًـا بأنَّ ذلكَ إفتاءٌ لا حكـمٌ حقيقـيٌّ، وتبِعَه على ذلكَ كثيرٌ ممَّن بعدَه من غيـرِ تأمُّلٍ: لا التفاتَ إليه، ولا يجوزُ العملُ به وإن بالَغَ فيه، وممَّا يوضِّحُ ردَّه قطعًا أمرانِ:

أحدُهما: أنَّه لم يعدَّ أحدٌ مِن الأصحابِ هذا الحكمَ في الأحكامِ الَّتي جوَّزُوا نقْضَها لا قطعًا ولا على خلافٍ، ولو كان منها لتعرَّضُوا له؛ لأنَّها عندهم معيَّنةٌ محصورةٌ.

والثَّـاني: أنَّـه إن أرادَ بكونِه إفتاءً لا حكمًا حقيقيًّا أنَّـه كذلكَ باعتبارِ اعتقادِنا فـلا يفيـدُ، وإلَّا لزِمَ جوازُ التَّعـرُّضِ لكلِّ حكمٍ خالفَنَا فيـه؛ لأنَّه ليس حكمًا في اعتقادِنـا، وهو باطل إجماعًا، وإن أرادَ باعتبـارِ اعتقادِ المخالفِ فهو باطلٌ، إذِ الفرْضُ أنَّه حكمٌ حقيقيٌّ عندَه.

وقـد وجَّـه المالكيَّـةُ صحَّةَ هـذا التَّعليـقِ بأنَّه مِن قبيـلِ الالتـزامِ، والحكمُ بالالتزامِ لا شُبهةَ في أنَّه حكمٌ حقيقيٌّ واقعٌ في وقتِه، فيجِبُ احترامُه.

ولـو علَّـقَ طلاقَ زوجتِه بصفـةٍ كدخولِ الـدَّارِ والتَّزوُّجِ عليها ثُـمَّ أبانَها ثُمَّ تزوَّجَها ثُمَّ وُجِدَتِ الصِّفةُ لم تُطلَّقْ، سواءٌ وُجِدَتْ أيضًا حالَ البينونةِ لانحلالِ اليمينِ بوجودِها أو لم توجَدْ؛ لارتفاعِ النِّكاحِ الذي عُلِّقَ فيه.

(١) «أسنى المطالب» (٣/ ٢٨٥).

(وَأَرْبَعٌ) بحذفِ التَّاءِ؛ لحذفِ المَعدودِ (لَا يَقَعُ طَلَاقُهُمْ) منجَّزًا كان أو معلَّقًا (الصَّبِيُّ، وَالمَجْنُونُ) وإن وُجدَتِ الصِّفةُ المُعلَّقُ عليها حالَ كمالِهما، (وَالنَّائِمُ) وإن قال بعدَ استيقاظِه: أجزْتُه أو أوقعْتُه (وَالمُكْرَهُ) بغيرِ حقٍّ على الطَّلاقِ وإن تركَ التَّوريةَ مع قُدرتِه عليها، كأن ينويَ غيرَ زوجتِه أو ينويَ بالطَّلاقِ حلَّ الوثاقِ أو بـ «طلقْتُ» الإخبارَ كاذبًا، وإن كان الأَوْلى له التَّوريةُ أو الاستِثناءُ سرًّا، أو كان قاضيًا في الإيلاءِ أو وكيلًا في الطَّلاقِ.

نعَمْ إن أكرَهَه موكلُه وقَعَ؛ لأنَّه أبلَغُ في الإذنِ، بل لو أكرَهَ الزَّوجَ مَن ليس وكيلًا له وقَعَ أيضًا لذلك، بخلافِ المُكرَهِ بحقٍّ، فيقَعُ طلاقُه كأنِ امتنَعَ المُولي من الفيئةِ أو قامَ به عذرٌ شرعيٌّ كإحرامٍ، فللقاضي إكراهُه على طلقةٍ واحدةٍ، وإن كان القاضي متمكِّنًا من إيقاعِها كما له إكراهُ المدينِ على البيعِ لوفاءِ دَينِه مع تمكُّنِه هو مِن البيعِ، فإن أكرَهَه على أكثَرَ كان إكراهًا بغيرِ حقٍّ فلا يقَعُ.

وشرْطُ الإكراهِ قدرةُ المُكرِه بالكسرِ على تحقيقِ ما هدَّدَ به بولايةٍ أو تغلُّبٍ، وكونُ ما هدَّدَ به عاجلًا ظُلْمًا، وعجزُ المكرَهِ بالفتحِ عن دفْعِه بنحوِ هربٍ واستغاثةٍ، وظنُّه أنَّه إن امتنَعَ مِن فعلِ ما أُكْرِهَ عليه حقَّقَ ما هدَّدَ به.

ويحصُلُ بتخويفٍ بنحْوِ ضربٍ شديدٍ أو حبْسٍ أو إتلافِ مالٍ، ويختلِفُ ذلكَ باختلافِ طبقاتِ النَّاسِ وأحوالِهم، حتى قال الدَّارِميُّ وغيرُه: إنَّ الضَّرْبَ اليسيرَ إكراهٌ في حقِّ أهلِ المروءات، والشَّاشيُّ في «المعتمدِ»: إنَّ الاستخفافَ في حقِّ الوجيهِ إكراهٌ[1]، وصرَّحَ ابنُ الصبَّاغِ بأنَّ الشَّتمَ إكراهٌ؛ أي: في حقِّ أهلِ المُروءاتِ دونَ السَّفلةِ ونحوِهم، كما صرَّحَ به القاضي وغيرُه.

---

(١) «قوت المحتاج» (٦/ ٣١٩).

وخرَجَ التَّخويـفُ بالعقوبةِ الآجلةِ؛ كقولِه: «لأضربنَّكَ غدًا»، والمستحقَّة للمُكرَهِ كقولِه لمَنْ له عليه قصاصٌ: «طلِّقْها وإلَّا اقتصَصْتُ مِنكَ»[1].

ولـو خُـوِّفَ أخـرَقُ بما يظنُّـه مُهلِكًا ففـي كونِه إكراهًـا احتمـالانِ للإمامِ، والأوجَهُ في «البسيطِ» أنَّه لا وقوعَ؛ لأنَّه ساقطُ الاختيارِ، ولو وُجِدَ قرينةُ اختيارٍ وقَـعَ، كأن أُكْرِهَ على ثلاثٍ فوحَّدَ، أو على صريحٍ فكنَّى، أو على تعليقٍ فنجَّزَ، أو على أن يقولَ: «طلقْتُ» فقال «سرَّحْتُ»، أو على طلاقٍ مبهمةٍ فطلَّقَ معيَّنةً.

ولـو وافَقَ المُكرَهُ ونَـوَى الطَّلاقَ وقَعَ لاختيارِه، فعُلِـمَ أنَّ الصَّريحَ كنايةٌ في حقِّه، ولو حمَلَه ظالمٌ على أن يدُلَّه على شـخصٍ أو مالِه فأنكَرَ معرفةَ موضعِه فلـم يُخلِّه حتَّى حلَفَ بالطَّلاقِ أنَّه لا يعلَمُه، فإن حلَفَ كاذبًا حنِثَ، إذ لا إكراهَ في الحقيقـةِ علـى الحلِفِ، وإنَّما خيَّرَه بين الحلِـفِ والدَّلالةِ بخلافِ ما لو قال لـه اللُّصـوصُ: «لا نخلِّيكَ حتَّى تحلِفَ بالطَّلاقِ أنَّـكَ لا تخبِرُ بنا» فحلَفَ، لا يحنَثُ بالإخبارِ بهم؛ لأنَّهم أكرَهُوه على الحلِفِ بالطَّلاقِ.

ولـو أُكرِهَ على الإقرارِ بطـلاقِ زوجتِه فأقَرَّ؛ لم يُفرَّقْ بينَـه وبينَ زوجتِه كما قالـه المُتولِّي وغيرُه؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّـه كاذبٌ في إقرارِه، أو بطلاقِ زوجةِ المُكرِه بالكسرِ فأقَرَّ لم يتعلَّقْ بإقرارِه شيءٌ.

وهـل يكونُ إقرارًا مـن جهةِ المُكرَهِ؟ وجهانِ بناءً على ما إذا وكَّلَه ليقِرَّ عنه، قاله القاضي.

ولـوِ ادَّعَـى أنَّه طلَّـقَ صبيًّـا أو مجنونًا صُدِّقَ بيمينِـه إن أمكَـنَ الصِّبا وعُهِدَ الجنـونُ أو وُجِدَتْ صورتُه، وإن قالَتْ لا شـيءَ به، أو نائمًـا؛ صُدِّقَ بيمينِه إن

---

(١) «روضة الطالبين» (٨/ ٦١).

أمكَـنَ كما قاله الرُّويانِـيُّ[١] وأقرَّهَ الرَّافِعِـيُّ[٢]، لكن نظَرَ فيـه في «الرَّوضةِ»[٣]، ووجَّـه النَّظـرَ بعضُهم بأنَّه لا علامةَ علـى النَّومِ، بخلافِ الصِّبـا، وبعضُهم بما صرَّحُـوا بـه في الأيمانِ مِـن أنَّ مدَّعِيَ عـدم قصدِ الطَّلاقِ أوِ العتـاقِ لا يصدَّقُ ظاهرًا؛ لتعلُّقِ حقِّ الغيرِ بهما، أو مُكرهًا صُدِّقَ بيمينِه، أو وُجِدَتْ قرينةٌ كحَبسٍ وإن أنكَرَتْ.

ومحلُّ ما ذَكَراه في المجنونِ إذا لم يتعَدَّ بجنونِه بأن جُنَّ بغيرِ فعلٍ منه أو بفعلٍ لا تعدِّيَ فيه كأنْ شـرِبَ دواءً مُجننًا بقصْدِ التَّداوي، أما إذا تعَدَّى به كأن شرِبَ دواءً مُجننًا بلا حاجةٍ فيقَعُ طلاقُه تغليظًا عليه، وكالنَّائمِ بل أَوْلى المُغمَى عليه.

ومن سكِرَ بلا تعدٍّ كأن أوجَرَ مُسكرًا أو أُكرِهَ على شُرْبِه أو لم يعلَمْ أنَّه مسكرٌ، بخلافِ من سكِرَ بتعدٍّ فيقَعُ طلاقُه ولو بالكنايةِ خلافًا لابنِ الرِّفْعَةِ[٤] كما تقدَّمَ.

ولـو طلَّقَ ثُمَّ قـال: «كنْتُ مغمًـى عليَّ» فكما لـو قال: «كنْـتُ مُكرهًا»، أو طلَّق السَّـكرانُ ثُمَّ قال: «إنَّما شـرِبْتُ المسكِرَ مُكرهًا» أو «لم أعلَمْ أنَّ ما شربْتُه مُسكرٌ» صُدِّقَ بيمينِه، قاله الرُّويانِيُّ[٥]، ولعلَّه إذا وُجِدَتْ قرينةُ الإكراهِ، وبحَثَ الأَذْرَعِيُّ[٦] وجوبَ الاستفسارِ، فإن ذكرَ ما يحصُلُ به الإكراهُ، وإلَّا قَضى عليه بالوقوعِ.



---

(١) «بحر المذهب» (١٠/ ١١٠).
(٢) «الشرح الكبير» (٨/ ٥٦٣).
(٣) «روضة الطالبين» (٨/ ٦١).
(٤) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٣/ ٤١٦).
(٥) «بحر المذهب» (١٠/ ١١٠).
(٦) «قوت المحتاج» (٦/ ٣١٧- ٣١٩).

(فَصْلٌ)
فِي الرَّجْعَةِ

بفتحِ الرَّاءِ وكسْرِها، وهي لغةً: المرَّةُ مِن الرُّجوعِ، وشرعًا: ردُّ[1] المَرأةِ إلى النِّكاحِ في العدَّةِ من طلاقٍ غيرِ بائنٍ.

(وَإِذَا طَلَّقَ) الحُرُّ بدليلِ قولِه الآتي: أوِ اثنتينِ بنفسِه أو نائبِه وطلاقه طلاقُ الحاكمِ في الإيلاءِ ولا يكونُ إلَّا واحدةً كما سيأتِي.

(امْرَأَتَهُ) المدخولَ بها ولو في الدُّبرِ أوِ استدخَلَتْ ماءَه كما يُشعِرُ بذلكَ قولُه: ما لم تنقَضِ عدَّتُها (وَاحِدَةً أَوِ اثْنَتَيْنِ[2]) بلا عوضٍ بدليلِ ما تقدَّمَ في الخُلعِ، (فَلَهُ) إذا كان أهلًا للنِّكاحِ بنفسِه ولو في الجملةِ (مُرَاجَعَتُهَا) وإن كان شرَطَ عدمَها أو قال: أسقطْتُ حقَّ الرَّجعةِ بلفظٍ -ولو بالعجميَّةِ وإنْ أحسَنَ العربيَّة- صريحٍ كراجعْتُكِ أوِ ارتجعْتُكِ أو رجعْتُكِ، وإن لم يقُلْ إليَّ أو إلى نكاحِي، أو قال: راجعْتُكِ للضَّربِ أو نحوِه ما لم يقصِدْ بالمراجعةِ ذلكَ فقَطْ، أو أمسكْتُكِ وكانَتْ مراجعةً أو مرتجعة أو مسترجعةً كما صرَّحَ به المُتولِّي[3] خلافًا لاشتراطِ الأَذْرَعِيِّ[4] النيَّةَ في ذلكَ، ونحوُه رددْتُكِ إن قيَّدَ بقولِه: إليَّ، أو إلى نكاحِي، خلافًا لقولِ ابنِ الرِّفْعَةِ: إنَّ المشهورَ عدمُ اشتراطِه، أو كنايةً كـ «تزوَّجْتُكِ» أو «رفعْتُ التَّحريمَ» أوِ «اخترْتُ رجعتَكِ» أو «أعدْتُ ذلكَ»، وكالكتابةِ.

ولا بدَّ في الجميعِ كما صرَّحَ به الماورديُّ[5] وغيرُه مِن الإضافةِ إلى ضميرٍ أو ظاهرٍ كـ «راجعْتُها»، أو هذه أو فلانةَ ويصِفُها بما يميِّزُها، فلو ترَكَ الإضافةَ

---

(١) في (ش)، (ك): «عود».

(٢) في (ج)، (ك): «ثنتين».

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣٤١).

(٤) «قوت المحتاج» (٦/ ٤٩٣- ٤٩٤).

(٥) «الحاوي الكبير» (١٠/ ٣١١).

كان لغوًا، لكن لوِ التمَسَـتْ منه الرَّجعةَ قال الأَذْرَعِـيُّ[1]: احتمَلَ الصِّحَّةُ، ولا تحصُـلُ بغيرِ اللَّفـظِ كالوَطءِ ومقدِّماتِه، نعَمْ لو صدَرَ ذلـكَ من كافرٍ واعتقَدُوه رجعةً ثُمَّ أسْلَمُوا أو ترافَعُوا إلينا أقرَرْناهم.

وخـرَجَ بالطَّلاقِ فسـخُ النِّكاحِ وانفسـاخُه، وبالمدخولِ بها وبالمسـتدخلةِ غيرُهمـا، وبالواحدةِ أو الاثنتينِ في الحُرِّ والواحـدةِ في الرَّقيقِ الثَّلاثُ في الأوَّلِ والاثنتـانِ في الثَّاني، وبلا عوضٍ الطَّلاقُ بعـوضٍ، وبأهلِ النِّكاحِ غيرُه كالمرتدِّ والمُكرَهِ والصَّبيِّ والمجنونِ، فلا مراجعةَ في شيءٍ من ذلكَ.

ودخَـلَ في الأهلِ السَّـكرانُ؛ أي: المتعدِّي بسـكْرِه، والعبدُ والسَّـفيهُ فلهما المراجعـةُ ولو بـلا إذنٍ، وإنِ احتاجا إليـه في ابتداءِ النِّكاحِ، والمحـرِمُ لأنَّ فيه الأهليَّةَ لكنِ الإحرامُ مانعٌ، ووليُّ المجنونِ حيثُ يجوزُ له ابتداءُ النِّكاحِ، ومثْلُه فيما يظهَرُ وليُّ صبيٍ طلَّقَ وحكَمَ بطلاقِه حنبلِيٌّ، والحرُّ في حقِّ أمةٍ طلَّقَها وإن لم يحِلَّ له ابتداءُ نكاحِها ليسارٍ أو غيرِه.

وأفهَمَ قولُه فله عدم اسـتحبابِها، لكن قال الزَّرْكَشِيُّ: سكَتُوا عن كونِها سنَّةً أوْ لا؛ لاختلافِ ذلكَ بحسبِ الحالِ.

وإنَّما يجوزُ له مراجعتُها حينئذٍ إذا كانت معيَّنةً، فلو طلَّقَ على الإبهامِ إحدى امرأتيْهِ ثُمَّ راجعَها أو طلَّقَهما ثُمَّ راجَعَ واحدةً على الإبهامِ؛ لم يصِحَّ.

ولـو طلَّقَ إحداهمـا معيَّنةً ثُمَّ نسِـيَها فقـال: راجعْتُ المُطلَّقـةَ فهل يصِحُّ؟ وجهانِ قابلةٌ للحلِّ فلا تصِحُّ مراجعتُها حالَ ردَّتِها كحالِ ردَّتِه، وإن عادَ المُرتَدُّ منهما إلى الإسلامِ قبلَ انقضاءِ عدَّتِها.

---

(١) «قوت المحتاج» (٦/ ٥٠١).

(**مَا لَمْ تَنْقَضِ عِدَّتُهَا**) الواجبةُ بالطَّلاقِ وإن لم تشرَعْ فيها كأنْ طلَّقَها في حيضٍ أو نفاسٍ أو في عدَّةِ حملِ وطْءِ شُبهةٍ، أو حمَلَتْ من وطءِ شُبهةٍ بعدَ الطَّلاقِ، فإنَّ الحَيضَ والنِّفاسَ لا يُحسَبُ مِن العدَّةِ، وعدَّةُ حملِ الشُّبهةِ مقدَّمةٌ على عدَّةِ الطَّلاقِ، نعَمْ ليس له المراجعةُ وقْتَ وطءِ الشُّبهةِ لخروجِها حينئذٍ عن عدَّتِها بكونِها فراشًا للواطئِ ولا بعدَ انقضاءِ مقدارِ العدَّةِ بعدَ الطَّلاقِ فيما لو خالَطَها بعدَه مخالطةَ الأزواجِ وقلْنا بالأصحِّ وهو بقاءُ العدَّةِ وعدمُ انقضائِها مع المُخالطةِ[1].

(**فَإِذَا**[2] **انْقَضَتْ عِدَّتُهَا**) المذكورةُ لم يكُنْ له مراجعتُها وإن لم تنقَضِ عدَّتُها على الإطلاقِ كأنْ وطِئَها في العدَّةِ فإنَّها تستأنِفُ عدَّةً للوَطءِ مِن فراغِه، ويدخُلُ فيها بقيَّةُ عدَّةِ الطَّلاقِ ولا يُراجِعُ إلَّا في تلكَ البقيَّةِ، نعَمْ إن أحبَلَها بذلك الوَطءِ أو كانت حاملًا فله المُراجعةُ إلى الوضْعِ لوقوعِه عنِ الجهتيْنِ، ولكن (**كَانَ لَهُ نِكَاحُهَا**) أي: تزوُّجُها. وقولُه: (**بِعَقْدٍ جَدِيدٍ**) إيضاحٌ، ويحتمِلُ على بعدٍ أنَّه أرادَ بالنِّكاحِ الوَطءَ، فيكونُ هذا للتَّقييدِ.

(**وَ**) إذا راجَعَها أو نكَحَها بعقدٍ جديدٍ على ما تقرَّرَ (**تَكُونُ مَعَهُ عَلَى مَا بَقِيَ**) له عليها (**مِنَ**) عددِ (**الطَّلَاقِ**) فإن كان لم يُطلِّقْها قبلَ هذا الطَّلاقِ كانت معه على طلقتيْنِ إن كان هذا الطَّلاقُ واحدةً وعلى طلقةٍ إن كان طلقتيْنِ.

ولوِ ادَّعَتِ انقضاءَ العدَّةِ فأنكَرَ الزَّوجُ صُدِّقَتْ بيمينِها إن أمكَنَ وكان اعتدادُها بالأقراءِ أوِ الوضعِ، وإن خالفَتْ عادتَها، بخلافِ ما لو لم يمكِنْ لنحوِ صغرٍ أو يأسٍ أو كان اعتدادُها بالأشهرِ فيُصدَّقُ بيمينِه، أوِ ادَّعى الرَّجعةَ فأنكرَتْ، فإن كانَتِ العدَّةُ باقيَةً صُدِّقَ بيمينِه، وإن كانت منقضيةً ففيه تفصيلٌ في المبسوطاتِ.

ولا يُشترَطُ في صحَّةِ الرَّجعةِ تحقُّقُ وقوعِ الطَّلاقِ، فلو علَّقَه على شيءٍ ثُمَّ

---

(١) في (ج): «المحافظة». (٢) في (ع)، (ن): «فإن».

شكَّ في حصولِه فراجَعَ ثُمَّ تبيَّنَ أنَّه كان حاصلًا[1] صحَّ كما نقَلَ عن «البحرِ»[2]، وإن نقَلَ عنه خلافَه أيضًا؛ لأنَّ الأوَّلَ أثبَتُ، كما نقَلَ الأَذْرَعِيُّ[3]، ولا الإشهادُ عليها لكن يُسَنُّ، فإن ترَكَه استُحِبَّ أن يُشهِدَ على إقرارِه بها، فقد يتنازعانِ فلا يُصدَّقُ فيها، وجميعُ ما تقرَّرَ في الحُرِّ إذا طلَّقَ واحدةً أوِ اثنتينِ يجري فيمن فيه رقٌّ إذا طلَّقَ واحدةً.

(**فَإِنْ طَلَّقَهَا**) أي: طلَّقَ امرأتَه الحُرُّ (**ثَلَاثًا**) أو مَن فيه رقٌّ طلقتينِ (**لَمْ تَحِلَّ لَهُ إِلَّا بَعْدَ وُجُودِ خَمْسَةِ أَشْيَاءَ**) وإن كانت أمةً وملَكَها بشراءٍ أو غيرِه بعدَ الطَّلاقِ لظاهرِ القرآنِ، وهي:

(١) (**انْقِضَاءُ عِدَّتِهَا مِنْهُ**[4])،

(٢) (**وَتَزْوِيجُهَا بِغَيْرِهِ**) تزويجًا صحيحًا، فلا يكْفِي الفاسدُ والوطْءُ بملكٍ أو شُبهةٍ،

(٣) (**وَدُخُولُهُ**) أي: الغيرِ (**بِهَا، وَ**) المُرادُ بالدُّخولِ بها (**إِصَابَتُهَا**) بأن تغيبَ بقُبُلِها لا بدُبُرِها حشفَتُه أو قدْرُها من مَقطوعِها.

قال الإمامُ: والمُعتبرُ الحشفَةُ الَّتي كانت للمقطوعِ[5]، ولو مع حائلٍ ومع عدمِ الإنزالِ مع إزالةِ بكارتِها إن كانت بكرًا ولو غوراءَ[6] كما نقَلَه الشَّيخانِ[7] عنِ البَغَوِيِّ وأقرَّاه، وجزمَ به في «الكفايةِ»[8]، وحكاه المَحَامِلِيُّ عن نصِّ «الأمِّ»، وإن جَرَى الأَذْرَعِيُّ تبعًا «للمطْلَبِ» على خلافِه.

---

(١) في (ش)، (ج): «جاهلًا».
(٢) «بحر المذهب» (١٠/ ١٨٢).
(٣) «قوت المحتاج» (٦/ ٤٩٨).
(٤) ليست في (هـ)، (ج).
(٥) «الشرح الكبير» (٨/ ٥١).
(٦) في (ش): «عذراء».
(٧) «الشرح الكبير» (٨/ ٥١)، و«روضة الطالبين» (٧/ ١٢٤).
(٨) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٤/ ٢٠٧).

وانتشارُ الآلةِ ولو انتشارًا ضعيفًا، وإنِ استعانَ بإصبعِه أو إصبعِ غيره، بخلافِ ما لوِ انتَفَى الانتشارُ بالكليَّةِ لشللٍ أو غيرِه، فعُلِمَ أنَّ المُعتبَرَ الانتشارُ بالفعْلِ، وهو الأصحُّ، وبه قطَعَ الجمهورُ كما في «الرَّوضةِ»[1].

وكونُ ذلكَ الغيرِ المصيبِ أهلًا للوَطْءِ بأن يتأتَّى منه ولو صبيًّا ومجنونًا ورقيقًا وخصيًّا ومُحرِمًا وصائمًا، بخلافِ صغيرٍ لا يتأتَّى منه كطفلٍ، وإن كانَتِ المرأةُ محرمةً أو معتدَّةً عن شُبهةٍ أو حائضةً أو صائمةً أو مُظاهرًا منها، وكذا صغيرةٌ لا تُشتَهَى وإن صوَّبَ الأَذْرَعِيُّ خلافَه وحكاه عنِ النَّصِّ، أو غيرَ ذلك، لكن يُشترَطُ عدمُ اختلالِ النّكاحِ، فلا يكْفِي وطْءُ رجعيَّةٍ ولا وطْءٌ في حالِ ردَّةِ أحدِهما، وإن راجَعَها أو راجَعَ المُرتدُّ إلى الإسلامِ، ويُتصوَّرُ ذلك بأنِ استدخَلَتْ ماءَه أو وطِئَها في الدُّبُرِ قبلَ الطَّلاقِ أوِ الرِّدَّةِ.

(٤) (**وَبَيْنُونَتُهَا مِنْهُ**) أي: الغيرِ يعني بأنْ يُطلِّقَها ولو رَجعيًّا،

(٥) (**وَانْقِضَاءُ عِدَّتِهَا عَنْهُ**) أي: عن ذلكَ الغيرِ، ولوِ ادَّعَتِ التَّحليلَ وانقضاءَ العِدَّةِ عندَ الإمكانِ صُدِّقَتْ بيمينِها، وإن كذَّبَها ذلكَ الغيرُ في وطْئِه لها لعُسْرِ إقامة البيِّنةِ على الوَطءِ، وللأوَّلِ تزويجُها وإن ظنَّ كذبَها لتصديقِها.

ولا اعتبارَ بظنٍّ لا مستندَ له، لكنَّه يُكرَهُ فإن صرَّحَ بكذبِها امتنَعَ عليه تزوُّجُها إلى أن يقولَ: تيقَّنْتُ صدْقَها، ولو كذَّبَها الغيرُ والوليُّ والشُّهودُ لم تحِلَّ على الأصحِّ كما نقَلَه في «الرَّوضةِ»[2] عنِ المَروزِيِّ، لكن صحَّحَ البُلقِينيُّ الحِلَّ ونقَلَه عنِ البزَّاز[3].

---

(١) «روضة الطالبين» (٧/ ١٢٤).

(٢) «روضة الطالبين» (٧/ ١٢٧).

(٣) كذا في (ع)، وهو الموافق لما في «أسنى المطالب». وفي بقية النسخ: الرازي. والذي في مصادر ترجمته: «الزاز»، وكذا سيأتي في موضع من هذا الكتاب، وهو أبو الفرج الزاز عبد الرحمن بن أحمد السرخسي ترجمته في «طبقات الشافعية الكبرى» (٥/ ١٠١).

ولو أنكَرَتِ النِّكاحَ ثُمَّ كذَّبَتْ نفْسَها وادَّعَتْ نكاحًا بشروطِه، فللأوَّلِ تزوُّجُها إن صدَّقَهـا، ولو أخبرَتْه بالتَّحليلِ ثُمَّ رجَعَـتْ، فإن كان قبلَ أن يعقِدَ عليها قبلَ رُجوعِها أو بعدَه لم يُقبلْ، ولو أنكرَتِ الإصابةَ لم يكُنْ للأوَّلِ تزوُّجُها[١]، وإنِ اعترَفَ بها الغيرُ أو أنكرَ الغيرُ الطَّلاقَ، فللأوَّلِ تزوُّجُها[٢] باطنًا إن علِمَ الطَّلاقَ لا ظاهرًا ولا إذا لم يعلَمْه.

ولوِ ادَّعَتْ أنَّه طلَّقَها ثلاثًا ثُمَّ كذَّبَتْ نفْسَها وقالَتْ: «ما طلَّقَنِي إلَّا واحدةً أوِ اثنتيـنِ» فلها التَّـزوُّجُ به بغيرِ تحليلٍ، قاله في «الأنـوارِ»[٣]، ووُجِّهَ بأنَّها لم تُبْطِلْ برجوعِها حقًّا للغيرِ، ولكَ أن تقولَ: قد تعلَّقَ حقُّ اللهِ بالتَّحليلِ في حقِّها، فكيفَ يُقبَلُ إبطالُه برجوعِها.



(١) في (ش): «تزويجها». (٢) في (ج): «تزويجها».
(٣) «الأنوار» (٢/ ٦٠٠).

(فَصْلٌ)
فِي الإِيـلَاءِ

وهو حرامٌ للإيذاءِ، وحدُّه شَـرعًا ما يُؤخَذُ من قولِه: (وَإِذَا حَلَفَ) مَن يصِحُّ طلاقُـه ولـو رقيقًا ومريضًا وخَصِيًّا وعِنِّينًا وكافرًا وسَـكرانَ، بـاللهِ أو بصفةٍ من صفاتِه، أو بالتزامِ ما يلزَمُ بالنَّذرِ، أو بتعليقِ طلاقٍ أو عتْقٍ ولم تنحَلَّ اليمينُ فيه إلَّا بعدَ أربعةِ أشـهرٍ على (أَلا يَطَأَ زَوْجَتَهُ) الَّتي يمكِنُه حِسًّـا وشرعًا وطْئُها فيما قدَّرَه مِن المدَّةِ الآتي بيانُها وطئًا مُمكنًا شرعًا، وإن كانت أمةً وصغيرةً ومريضةً ورجعيَّـةً، وإن كان لا يُؤجَّـلُ لـه إلَّا بعدَ إطاقةِ الوَطءِ والمُراجعةِ سـواءٌ حلَفَ على ترْكِ وَطْئِها (مُطْلَقًا) بأن لم يُقيّدْ بمُدَّةٍ ولا بالأبدِ أو على ترْكِه أبدًا بأن قيّدَ بالأبدِ، (أَوْ) على ترْكِه (مُدَّةً تَزِيدُ) ولو في اعتقادِه فقَطْ (عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْـهُرٍ) ولو بما لا يسَعُ المُطالبةَ الآتيةَ كما قاله الإمامُ وأقرَّهَ الشَّيخانِ[1].

وفائدتُـه حينئذٍ الإثمُ لإيذائِها وقطْعُ طمعِها مِـن الوطءِ في تلكَ المدَّةِ، لكن صـرَّحَ المـاورْدِيُّ[2] بأنَّـه لابدَّ أن تسَـعَ الزِّيادةُ المُطالبـةَ، ونقَلَه ابـنُ الرِّفْعَةِ[3] وغيـرُه عن مُقتضى النَّـصِّ كقولِه: «واللهِ لا أطؤُكِ» أو «لا أطـؤُكِ أبدًا»، أو «لا أطؤُكِ خمسـةَ أشـهرٍ»، أو «حتَّى ينزِلَ عيسى عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ»، أو «حتَّى أموتَ أو تموتِـي أو يمـوتَ زيدٌ»، أو «إن وطئتُكِ فللَّهِ عليَّ صـلاةٌ أو صومٌ أو عتقٌ»، أو «فضرَّتُكِ طالقٌ»، أو «فعبدي حرٌّ»، سـواءٌ أطلـقَ أو قيَّدَ بما ذُكِرَ (فَهُوَ مُولٍ) وسيأتي حكْمُه.

---

(١) «الشرح الكبير» (٩/ ٢٢٤)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٢٤٦).

(٢) «الحاوي الكبير» (١٠/ ٣٦٧).

(٣) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٤/ ٢٣٠- ٢٣١).

وخـرَجَ بمَنْ يصِحُّ طلاقُـه: غيرُه؛ كصبيٍّ ومجنـونٍ ومُكـرهٍ، وبالزَّوجةِ غيرُها كالمملوكةِ والأجنبيَّةِ وإن نكَحَها بعدَ ذلكَ، وبالوَطءِ التمتُّعُ بغيرِه، وبكونِه ممكنًا حِسًّا ما لو لم يُمكِنُ ذلكَ لنحْوِ شلَلِه أو جبِّ ذكَرِه أو بعضِه، بحيثُ لم يبقَ منه قدْرُ الحشفَةِ، بخلافِ ما لو جُبَّ ذكَرُه بعد الإيلاءِ فإنَّه لا يبطُلُ، ونحْوِ رتْقِها أو قرنِها.

وبكونِـه ممكنًا شـرعًا: الـوَطءُ في الدُّبُرِ أو في نحو حَيـضٍ ونِفاسٍ، فلو قال: «واللهِ لا أطـؤُكِ في الدُّبُـرِ أوِ الحَيـضِ أوِ النِّفاسِ» فلا إيـلاءَ، بخلافِ ما لو قال: «واللهِ لا أطـؤُكِ إلَّا في الدُّبُـرِ» فهو مولٍ، وكذا «إلَّا في الحَيـضِ» أو «في النِّفاسِ» أو «نهـارِ رمضانَ» أوِ «المسـجدِ» في أحدِ وجهيْنِ أفْتَى بـه البَغَوِيُّ في غيرِ صورةِ النِّفـاسِ[1]، وجزمَ بـه في «الذَّخائرِ» ورجَّحَه جمعٌ منهم ابنُ الرِّفْعَةِ والإِسْـنَوِيُّ؛ لأنَّ الوطْءَ مُحرَّمٌ في هذه الأحوالِ، فهو ممتنعٌ منه، وعليها الامتناعُ.

ويُؤجَّـلُ لـه المُدَّةُ الآتيةُ ثُـمَّ يُطالَبُ بالـوطءِ أوِ الطَّلاقِ، فـإن وطِئَها في هذه الأحوالِ سقطَتْ مطالبتُه في الحالِ؛ لانتفاءِ المضارَّةِ، ثم تُضرَبُ المدَّةُ ثانيًا لبقاءِ اليمينِ كما لو طلَّقَ المُولي بعدَ فراغِ المدَّةِ ثُمَّ راجَعَ فإنَّه تُضرَبُ له المدَّةُ ثانيًا.

لكـنِ الذي جزَمَ به السَّرخسِـيُّ[2] والرَّافِعِيُّ في «الشَّـرحِ الصَّغيرِ» في صورتَيِ الحَيضِ والنِّفاسِ ومثْلِهما البقيَّةُ أنَّه لا إيلاءَ؛ لأنَّه لو جامَعَ فيهما حصَلَتِ الفيئةُ فاستثناؤُه يمنَعُ انعقادَ الإيلاءِ.

وبكـونِ المحلـوفِ عليه ترْكَ الوطءِ مُطلقًـا أو أبدًا، أوِ المـدَّةَ المذكورةَ: ما ليس كذلكَ، كما في قولِه: «واللهِ لا أطؤُكِ أربعةَ أشهرٍ، فإذا مضَتْ فواللهِ لا أطؤُكِ أربعةَ أشهرٍ أُخرى» فلا يكونُ بذلكَ موليًا وإن أثِمَ إثمَ الإيذاءِ والمضارَّةِ.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣٥٤).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣٥٤).

ولو أسـقَطَ لفْظَ الجلالةِ الثَّانيةِ كان موليًا؛ لأنَّها يمينٌ واحدةٌ اشتمَلَتْ على مدَّةٍ تزيدُ على أربعةِ أشـهرٍ، صرَّحَ بذلكَ ابنُ الرِّفْعَةِ[1]. ولو قال عندَ الإطلاقِ: «أردْتُ أربعةَ أشهرٍ أو أقلَّ منها» دُيِّنَ.

(وَ) إذا صـارَ موليًـا فمِـنْ أحكامِه أنَّه (**يُؤَجَّـلُ لَهُ**) وإن كانـا رقيقَيْنِ ولو بلا حاكمٍ أو محكمٍ (**إِنْ سَأَلَتِ**) الزَّوجةُ (**ذَلِكَ**) التَّأجيلَ (**أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ**) متواليةٍ من حينِ الإيلاءِ إن كان من غيرِ رجعيَّةٍ ومِن حينِ الرَّجعةِ إن كان مِن رجعيَّةٍ، ومِن حينِ زوالِ المانعِ مِن الوطْءِ إن كان بها مانعٌ كصِغرٍ ومرضٍ.

وينقطِـعُ التَّوالـي بطـلاقٍ رجعـيٍّ ورِدَّةِ أحدِهما بعـدَ الدُّخـولِ وبمانعٍ مِن الوَطءِ قائمٍ بها حسِّـيًّا كان أو شرعيًّا غيرَ الحَيضِ والنِّفاسِ؛ كالمَرضِ والجنونِ والنُّشوزِ والتَّلبُّسِ بفرضٍ مِن نحوِ صومٍ واعتكافٍ وإحرامٍ واعتدادِها عن شُبهةٍ وحبسِها بحيثُ لا يصِلُ إليها فتستأنِفُ المدَّةَ بعدَ زوالِ ما ذُكِرَ.

نعَـمْ إن طـرَأَ ما عدا الـرِّدَّةَ والطَّلاقَ بعدَ المـدَّةِ وقبلَ مطالبتِه ثُـمَّ زالَ، فلها المُطالبةُ مِن غيرِ اسـتئنافٍ، ولا ينقطِعُ بمانعٍ قائمٍ به كمرضِه وجنونِه وحبْسِـه، ولا بالتَّلبُّـسِ بنفـلٍ ولا بحيضٍ أو نفاسٍ، فتُحسَـبُ المُدَّةُ مـع ذلكَ وهي حقٌّ للزَّوجِ كالأجلِ حقٌّ للمَدينِ، كما أشـارَ إلى ذلكَ بقولِه: «له»، لكن قضيَّةُ قولِه إن سألَتْ ذلكَ توقُّفَ التَّأجيلُ على سؤالِها، وهو غيرُ معروفٍ، ولعلَّ التَّقييدَ به بالنَّظـرِ لِما يترَتَّبُ على التَّأجيلِ مِن المُطالبةِ الآتيةِ وكأن هذا هو مرادُ الشَّـارحِ بقولِه: وقولُه إن سـألَتْه يؤخَذُ منه أنَّها إذ لم تسـأَلْ لا يُطالَبُ الزَّوجُ بشيءٍ وهو كذلكَ كالمديونِ لا يُطالَبُ بشيءٍ ما لم يُطالِبْه[2] ربُّه. انْتَهى.

---

(١) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٤/ ٢٢٦).

(٢) في (ع): «مما يطلبه».

(ثُمَّ) إن وطِئَ في المدَّةِ أو زالَ ملْكُه عنِ الرَّقيقِ الذي علَّقَ عتْقَه على وطْئِها، أو أبانَ زوجتَه الَّتي علَّقَ طلاقَها على وطءِ هذه انحَلَّ الإيلاءُ، ثُمَّ في الوَطءِ يلزَمُه كفَّارةُ اليمينِ إن حلَفَ باللهِ تعالى وما التزَمَه أو كفَّارةُ يمينٍ إنِ التزَمَ قربةً، ويقَعُ ما علَّقَه مِن طلاقٍ أو عتقٍ لوجودِ الصِّفةِ إن علَّقَ ذلكَ.

وإنْ مضَتِ المُدَّةُ ولم يوجَدْ شيءٌ ممَّا ذُكِرَ فإن كان بها مانعٌ مِن الوَطءِ حسِّي أو شرعِيٌّ كمَرضٍ وحيضٍ، فلا مطالبةَ لها عليه لامتناعِ الوَطءِ المَطلوبِ، وإن لم يكُنْ بها مانعٌ فلها -ولو بعدَ ترْكِ حقِّها ما لم تنقضِ مدَّةُ اليمينِ لتجدُّدِ الضَّررِ- رفعُه إلى الحاكم ومطالبتُه لا لسيِّدِ الأمةِ ولا لوَليِّ الصَّغيرةِ والمجنونةِ، نعَمْ يُسَنُّ للقاضي تخويفُه بنحْوِ: «اتَّقِ اللهَ في الفيئةِ أوِ الطَّلاقِ»، فإذا كملتا ضُيِّقَ عليه حينئذٍ.

وإذا طالَبَتْه (يُخَيَّرُ[1] بَيْنَ الْوَطْءِ) وهو تغييبُ الحشفةِ أو قدْرِها فأكثَرَ في قُبُلِها مع إزالةِ البكارةِ ولو غوراءَ[2]، فلا يكْفِي تغييبُ ما دونَ الحشفةِ مُطلقًا، ولا تغييبُها في دُبُرِها، نعَمْ إن لم يصرِّحْ في إيلائِه بالقُبُلِ ولا نَواه بأنْ أطلَقَ انحَلَّ بالوَطْءِ في الدُّبُرِ.

(وَالتَّكْفِيرِ) إن كان الحلِفُ باللهِ تعالى لحنْثِه بالوَطءِ إن كان بفعْلِه عالمًا عامدًا مُختارًا، وإلَّا بأن لم يكُنْ بفعْلِه؛ كأنِ استدخَلَتْ ذكَرَه، أو كان ناسيًا أو جاهلًا أو مُكرهًا أو مجنونًا، فلا كفَّارةَ عليه لعدمِ حنْثِه وعدمِ انحلالِ يمينِه، وإن سقَطَ حقُّها مِن المُطالبةِ وارتفَعَ الإيلاءُ لوصولِها إلى حقِّها واندفاعِ ضررِها، فإن كان بالتزامٍ أو تعليقٍ لزِمَه موجبُ ذلكَ كما تقدَّمَ.

---

(١) في (ع): «تخير».

(٢) في (ش): «عذراء».

(وَ) بيـنَ (الطَّلَاقِ) وقضيَّةُ التَّخييرِ بينَ الأمريْنِ أنَّهـا تردُّدُ[1] الطَّلَبِ بينَهما، وهو مـا في «المنهاجِ»[2] و«المُحـرَّرِ» كـ«الرَّوضـةِ»[3] و«أصْلِها»[4] في موضعٍ، واعتمَـدَه الأَذْرَعِـيُّ[5]، وصوَّبَـه الإِسْـنَوِيُّ[6] في «تصحيحِـه»، لكـنِ الذي في «الشَّـرحِ الصَّغيرِ» كـ«التنبيـه»[7] و«الوجيزِ»، وجزمَ به البُلْقِينـيُّ في «تدريبِه»[8] ونقلَه عن نصِّ «الأمِّ» وصوَّبه الزَّرْكَشِيُّ أنَّها تطالِبُ بالوَطءِ عينًا، فإن أَبَى طالَبَتْه بالطَّلاقِ، وفي نسـخةٍ: «ثُمَّ يخيَّرُ بينَ التَّكفيرِ والطَّلاقِ»، وكأنَّ هذه النسخةَ هي الواقعةُ للشَّارحِ حيثُ قال: وقولُ المُصنِّفِ: ثُمَّ يخيَّرُ بينَ التَّكفيرِ والطَّلاقِ يفيدُ أنَّـه إذا رغِـبَ في الفيئةِ لا يطَأُ حتَّى يكفِّرَ؛ إذِ الوَطءُ قبـلَ التَّكفيرِ لا يجوزُ، فعبَّرَ بالتَّكفيـرِ ليفيـدَ ذلكَ. انْتَهى. لكنِ الظَّاهـرُ أنَّ قولَه: «إذِ الـوَطءُ قبلَ التَّكفيرِ لا يجوزُ» سهوٌ منشؤُه انتقالُ نظَرِه مِن الإيلاءِ إلى الظِّهارِ.

ولـو قامَ بـه مانعٌ لم يمنَعْ مِن المُطالبةِ بـل إن كان طبيعيًّا؛ كخوفِ مرضٍ أو زيادتِه أو بطْئِه طالبَتْه، فيُخيَّرُ بينَ قولِه: إذا قدرْتُ فئْتُ والطَّلاقِ، وإن كان شرعيًّا كإحرامٍ أو صومٍ واجبٍ وظهارٍ قبلَ التَّكفيرِ طالبَتْه بالطَّلاقِ فقَطْ لحُرمةِ الوَطءِ، فإن عَصَى بالوَطءِ ولو في الدُّبُرِ بشـرطِه السَّابقِ كما مَشَى عليه شيخُ مشايخِنا[9] هنا وثَمَّ سقَطَتِ المُطالبةُ لانحلالِ اليمينِ، ثُمَّ ذكَرَ في «شرحِ المنهجِ» أنَّ سقوطَ المُطالبـةِ بالوطءِ في الدُّبُرِ لا يُنافِي عدمَ حُصولِ الفَيئةِ بالوَطءِ فيه؛ لأنَّه لا يلزَمُ مِن سقوطِها حُصولُ الفيئةِ. انْتَهى.

---

(١) كتب فوقه في (ع): «معتمد».

(٢) «منهاج الطالبين» (ص ٢٤٤).

(٣) «روضة الطالبين» (٨/ ٢٣٤).

(٤) «الشرح الكبير» (٩/ ٢٤٤).

(٥) «قوت المحتاج» (٦/ ٥٥٩).

(٦) «المهمات» (٧/ ٤٧١).

(٧) «التنبيه في الفقه الشافعي» (ص ١٨٥).

(٨) «التدريب في الفقه الشافعي» (٣/ ٣٥٠).

(٩) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٥٤).

واعترَضَه شيخُنا[1] بأنَّه لا فائدةَ في عدمِ حصولِ الفيئةِ مع سقوطِ المُطالبةِ وانحلالِ اليمينِ، ثُمَّ ذكَرَ أنَّه إن أرادَ بعدمِ حصولِها عدمَ حصولِها على الوجْهِ الشَّرعيِّ مع انحلالِ اليمينِ وانتفاءِ المُطالبةِ فلا إشكالَ. انْتَهى.

والحبْسُ بدَينٍ يقدِرُ على وفائِهِ ليس مانعًا، بل يُطالَبُ بالوَطءِ أوِ الطَّلاقِ، بخلافِ الحبْسِ ظُلمًا.

(**فَإِنِ امْتَنَعَ**) مِن الوطءِ والطَّلاقِ (**طَلَّقَ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ**) طلقةً واحدةً نيابةً عنه بسؤالِها، بشرْطِ حضورِه عندَه ليثبُتَ امتناعُه حتَّى لو شهِدَ عدلانِ أنَّه آلَى ومضَتِ المدَّةُ وهو ممتنعٌ لم يطلِّقْ عليه، بل لابدَّ مِن الامتناعِ بحضورِه، إلَّا إن تعذَّرَ حضورُه بتوارٍ أو غيبةٍ أو تمرُّدٍ، فلا يُشترَطُ حضورُه، بل تطلَّقُ عليه في غيبتِه.

قال الدَّارِمِيُّ: وكيفيَّةُ تطليقِه أن يقولَ: «أوقعتُ على فلانةٍ عن فلانٍ طلقةً» أو «حكمْتُ عليه في زوجتِه بطلقةٍ» أو نحوَ ذلكَ[2]، ولو طلَّقَ عليه بعدَ وطْئِه أو طلاقِه لم يقَعْ وإن لم يعلَمْ به، أو طلَّقَ عليه ثُمَّ طلَّقَ الزَّوجُ أو وقَعَ التَّطليقانِ معًا نفَذَا جميعًا، ولو طلَّقَ عليه مع وطْئِه لم يقَعْ كما بحَثَه شيخُ مشايخِنا[3].



(١) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٥٧).
(٢) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٥٦).
(٣) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٥٦).

(فَصْلٌ)
فِي الظِّهَارِ

(وَالظِّهَارُ) شرعًا (أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ) الذي يصِحُّ طلاقُه ولو عبدًا وكافرًا وخَصِيًّا ومَجبوبًا وممسوحًا وسكرانًا، بخلافِ من لا يصِحُّ طلاقُه كصَبيٍّ ومجنونٍ ومُكرهٍ.

(لِزَوْجَتِهِ) أي: في حقِّها وإن لم يخاطِبْها ولو أمةً وصغيرةً ومجنونةً ومريضةً ورتْقاءَ وقرْناءَ وكافرةً ورجعيَّةً وحائضًا[1] ومعتدَّةً عن شُبهةٍ، بخلافِ غيرِ زوجتِه؛ كأمتِه، والبائنِ منه بخُلعٍ أو غيرِه.

(أَنْتِ) أو رأسُكِ أو يدُكِ أو زوجَتِي أو رأسُها أو يدُها كظهْرِ أمِّي، أو (عَلَيَّ) أو منِّي أو معِي أو عندِي (كَظَهْرِ أُمِّي) أو نحوِها، مِن كلِّ أُنثى محرمٍ بنسبٍ أو رضاعٍ أو مصاهرةٍ لم يطرأ تحريمُها عليه؛ كالأمِّ، والأختِ، وزوجةِ الأبِ التي نكَحَها قبلَ ولادتِه، والرَّبيبةِ الحاصلةِ بعدَ الدُّخولِ بأمِّها، بأنْ أبانَها ثُمَّ تزوَّجَتْ بغيرِه فأتَتْ منه ببنتٍ، والمولودةِ ممَّن أرضعَتْه بعدَ إرضاعِها له، ومرضعةِ الأبِ أوِ الأمِّ، بخلافِ غيرِ الأنثى من ذكَرٍ أو خُنثى، وغيرِ المحرمِ وإن حرُمَ نكاحُها كأزواجِه ﷺ، ومَنْ طرَأَ تحريمُها كالمُلاعنةِ، وزوجةِ الأبِ التي نكَحَها بعدَ ولادتِه وزوجةِ الابنِ وأمِّ الزَّوجةِ.

وكالظَّهرِ الجسْمُ والبدَنُ والجملةُ والذَّاتُ والنَّفسُ والرَّأسُ والعينُ واليدُ والرِّجلُ والصَّدرُ والبطنُ والفرْجُ والنِّصفُ والرُّبُعُ والشَّعرُ وسائرُ الأجزاءِ، وفي «اللُّبابِ» و«الرَّونقِ» أنَّ ذكْرَ الأعضاءِ الباطنةِ كالقلْبِ والكبدِ لا يكونُ[2] ظِهارًا، قال الزَّرْكَشِيُّ: وهو غريبٌ. وذكَرَ أبو الفَرجِ الزَّازُ أنَّ كلَّ ما يصِحُّ إضافةُ

---

(١) في (ش): «وحائضة».
(٢) فوقه في (ع): «معتمد».

الطَّلاقِ إليه صحَّ[1] إضافةُ الظِّهارِ إليه[2]، نعَمْ ما يحتمِلُ الكرامةَ كالرَّأسِ والعينِ والـرُّوحِ كنايةٌ يحتاجُ إلى نيَّـةِ الظِّهارِ، وكذا «أنتِ كأمِّي» أو نحْوِها بدونِ إضافةِ «الظَّهرِ» أو غيرِه إليها؛ لاحتمالِه الكرامةَ أيضًا.

ومعنـى نيَّـةِ الظِّهارِ كما قالـه صاحبُ «الشَّـاملِ» أن ينوِيَ أنَّهـا كظهرِ أمِّه في التَّحريـمِ ويصِـحُّ توقيتُه كقولِه: «أنـتِ عليَّ كظهْرِ أمِّي يومًا» فإن قال: «خمسَـةَ أشـهرٍ» كان ظهارًا مؤقَّتًا وإيلاءً، وتعليقُه كقولِه: «إن ظاهَرْتُ من ضرَّتِكِ فأنتِ عليَّ كظهرِ أمِّي» فإذا ظاهَرَ مِن الضَّرَّةِ صارَ مُظاهرًا منها أيضًا.

(**فَـإِذَا قَالَ ذَلِكَ**) لغيـرِ الرَّجعيَّةِ ولم يؤقِّتْـه (**وَلَمْ يُتْبِعْهُ بِالطَّـلَاقِ**) ولو رجعيًّا بحيثُ لا يتخلَّلُ بينَهما زمنٌ يمكِنُ فيه الطَّلاقُ مع علْمِه بوجودِ الصِّفةِ في المعلَّقِ ومـعَ عقْلِه واختيارِه، ولا حصَلَ بعدَه فرقةٌ بغيرِ الطَّلاقِ كذلكَ بموتٍ أو فسـخٍ مِـن أحدِهما بنحْوِ عيْبِها أو عيْبِه، أوِ انفسـاخٌ بنحْوِ ملْـكِ أحدِهما الآخَرَ وردَّتِه قبـلَ الدُّخولِ أو بعدَه مع إصرارِه إلى انقضاءِ العدَّةِ، ولعانُه بشـرْطِ تقدُّمِ القذفِ والمُرافعةِ إلى الحاكمِ على الظِّهارِ (**صَارَ عَائِدًا**) وسـيأتي حكْمُه، بخلافِ ما لو أتبعَه بالطَّلاقِ ولو رَجعيًّا ولم يُراجِعْ أو حصَلَ بعدَه فرقةٌ بغيرِ الطَّلاقِ أو جنونِه أو إغمائِه أو إكراهِه على ترْكِ التَّلفُّظِ بالطَّلاقِ بحيثُ لا يتخلَّلُ بينَهما في الجميعِ ما تقدَّمَ فلا يصيرُ عائدًا.

وبخـلاف مـا لو قال ذلكَ للرجعيَّـةِ أو لغيرِها ثُمَّ أتبعَه بالطَّـلاقِ الرَّجعيِّ ثُمَّ راجَعَ، أو أقَّتَه؛ كـ«أنتِ عليَّ كظهرِ أمِّي يومًا أو شهرًا» كما تقدَّمَ، فلا يصيرُ عائدًا بما ذُكِرَ، بل بالرَّجعةِ في الأوَّلتيْنِ.

---

(١) فوقه في (ع): «معتمد».

(٢) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٥٨).

وفارقَـتِ الثَّانيـةَ ما لوِ ارتـدَّ متَّصلًا بالظِّهـارِ بعدَ الدُّخول ثُمَّ أسـلَمَ في العدَّةِ حيـثُ لا يصيرُ عائدًا بالإسـلامِ بـل بعدَه بأنَّ الرَّجعةَ إمسـاكٌ في ذلـكَ النِّكاحِ، والإسـلامُ بعدَ الرِّدَّةِ تبديلٌ للدِّينِ الباطلِ بالحقِّ، والحلُّ تابعٌ له، فلا يحصُلُ به إمساكٌ، وإنَّما يحصُلُ بعدَه، وبالوطْءِ بمَغيبِ الحَشفَةِ أو قدْرِها مِن مقطوعِها في الثَّالثةِ، لكن تجِبُ المُبادرةُ إلى النَّزعِ لحرمةِ الوَطءِ قبلَ التَّكفيرِ أوِ انقضاءِ المُدَّةِ كما سيأتِي، واستدامةُ الوَطءِ وطءٌ، وكالمُؤقَّتِ في ذلكَ المُقيَّدُ بمكانٍ كما بحَثَه البُلقِينـيُّ قال: ولا يكونُ عائدًا فيـه إلَّا إن وطِئَها في ذلكَ المكانِ، فإذا وطِئَها فيه حرُمَ وطْئُها مُطلقًا حتَّى يكفِّرَ.

واعتُـرِضَ عليه بأنَّ ما ذكَرَه فيمـا إذا وطِئَها فيه مِن تحريمِ وطْئِها مُطلقًا حتَّى يكفِّـرَ إنَّما يجيءُ على طريقتِه في المُؤقَّتِ بالزَّمانِ، وإلَّا فقياسُ ما ذكَرُوه فيه مِن عدمِ التَّحريمِ إذا انقَضَتِ المُدَّةُ عدمُ[1] التَّحريمِ في غيرِ ذلكَ المكانِ.

(وَ) حيـثُ صارَ عائـدًا **(لَزِمَتْهُ الْكَفَّـارَةُ)** وإنِ ارتفَعَ النِّـكاحُ بينَهما بعدَ ذلكَ بموتٍ أو ملْكٍ بشراءٍ أو غيرِه، أو مفارقةٍ بطلاقٍ أو فسخٍ مع تجديدِ النِّكاحِ.

وهل لزِمَتِ الكفَّارةُ بالظِّهارِ[2] والعَوْدِ، أو بالظِّهارِ والعَوْدُ شـرطٌ، أو بالعَودِ؛ لأنَّه الجُزءُ الأخيرُ؟

أوجـهٌ، أوجَهُهـا كما قال شـيخُ مشـايخِنا[3] وغيـرُه: الأوَّلُ، وهـو المُوافقُ للمُرجَّحِ في كفَّارةِ اليَمينِ أنَّها لزِمَتْ باليَمينِ والحِنْثِ.

(وَالْكَفَّارَةُ) عُدِلَ إليه عنِ الضَّميرِ الذي هو الظَّاهرُ هنا؛ لأنَّه أوضَحُ، وإشعارًا بعدمِ اختصاصِ ما يذكرُ في كفَّارةِ اليمينِ **(عِتْقُ)** بمعنى إعتاقِ **(رَقَبَةٍ)** ولو:

---

(١) فوقه في (ع): «معتمد».

(٢) فوقه في (ع): «معتمد».

(٣) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٦٠).

* مغصوبةً لا قدرةَ على انتزاعِها،

* وآبِقـةً لا قـدرةَ على ردِّها بشـرطِ العلْـمِ بحياتِهما، ولو بعـدَ الإعتاقِ لا علمِهما بالعِتقِ،

* ومرهونـةً وجانيـةً إن كان المُعتـقُ فيهما مُوسـرًا وأعتَقَهما عـن كفَّارتِه، بخلافِ ما لو كان مُعسـرًا أو أعتَقَهما عـن كفَّارةِ غيرِه ولو بلا عوضٍ كما بحَثَه الإِسْنَوِيُّ،

* ومتحتِّمًا[1] قتلُها بالمُحاربةِ،

* وحاملًا ويتبَعُها الحملُ، وإنِ استثناه؛ لبطلانِ الاستِثناءِ.

وإن كان الإعتـاقُ في دفعتيْنِ كأن ملَكَ معسـرٌ نصفَ عبدٍ فأعتَقَه عن كفَّارتِه ثُمَّ ملكَ نصفَه الآخَرَ فأعتَقَه عنها، فإن لم ينْوِها عندَ إعتاقِ باقيه لم يجْزِه عنها، أو كان لنصفَـيِ رقبتيْـنِ باقيهما وكـذا باقي أحدِهما كما اسـتظهَرَه الزَّرْكَشِـيُّ وغيرُه[2] حرٌّ، معسـرًا كان المُعتقُ أو موسـرًا، أو باقيهما رقيقٌ لكن سَرَى العِتقُ إليـه، بخلافِ عتقِ مَن يعتـقُ عليه كأصْلِه وفرْعِـه، فإذا تملَّكَه بنيَّـةِ الكفَّارةِ لم يجْزِه عنها وعتَقَ عليه، وإعتاقُ بعضِ الرقبةِ إن كان الباقي حُرًّا أو لم يَسْرِ العِتقُ إليه، أو سَرَى ولـم ينْوِ بالجَميعِ الكفَّارةَ، وإلَّا أجزأَهُ.

(**مُؤْمِنَـةٍ**) ولو بتبعيَّةِ الأصلِ أوِ الدَّار أوِ السَّـابي، بخـلافِ الكافرةِ والمُرتدَّةِ غيرِ مستحقَّةِ العِتقِ؛ كالمُدبَّرِ والمُعلَّقِ عتْقُه بصفةٍ بأن ينجزَ عتقُهما عنِ الكفَّارةِ أو يعلِّقَه كذلكَ بصفةٍ أُخرى وتوجَدُ قبلَ الأُولى بشرطِ كوْنِه عندَ التَّعليقِ بصفةٍ

(١) في (ع): «ومحتمًا».

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣٦٥).

الإجزاءِ، بخلافِ مستحقّته، كالمُشتَراةِ بشرطِ العِتقِ، والمُستولدةِ، والمُكاتَبةِ كتابةً صحيحةً، بخلافِ الفاسدةِ.

نعَمْ لو كاتَبَ المُعلَّقَ عتقُه بصفةٍ عنِ الكفَّارةِ فوُجِدَتِ الصِّفةُ أجزَأَ إن وُجِدَتْ بغيرِ اختيارِ المُعلِّقِ، على ما اقتضاه كلامُ الرَّافِعِيِّ[1]، بلا عِوضٍ للمُعتقِ عليها أو علـى غيرِها، فلو قال: «أنتَ حُرٌّ عن كفَّارَتِي إن أعطيتَنِي أو أعطاني زيدٌ كذا» لم يجْزِه عنها، ولا يُصدَّقُ في عدمِ إرادةِ العِوضِ لتكذيبِ قرينةِ ذكْرِه له.

(**سَـلِيمَةٍ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُضِرَّةِ بِالْعَمَلِ**) إضرارًا بيِّنًا وإن لم تسـلَمْ عنِ العُيوبِ المُثبتـةِ للـرَّدِّ في البيعِ[2] فيُجـزِئُ الصَّغيـرُ والمَريضُ الذي يُرجَى بـرؤُهُ وإن لم يبْـرأْ، والـذي لا يُرجَى بـرؤُهُ إن بـرِئَ، والأقرعُ، والأعـرجُ الذي يمكِنُـه تتابعُ المشيِ، والأعورُ الذي لم يُضعِفْ عَورُه بصرَ عينِه السَّليمةِ ضعفًا يُخِلُّ بالعَملِ، والأصمُّ، والأخرسُ الذي يفهَمُ الإشـارةَ وتُفهَمُ إشارتُه، والأخشَمُ، والمَجنونُ الذي لم يغلِبْ جنونُه، والمُغمى عليه، وفاقِدُ الأنفِ والأذنيْنِ وأصابعِ الرِّجلينِ والخِنْصِـرِ مِن إحـدى اليديْـنِ والبِنْصِرِ مِن الأُخـرى والأُنملةِ مِن غيـرِ الإبهامِ والأناملِ العُليا مِن الأصابعِ الأربعِ.

بخلافِ الشَّيخِ الهَرِمِ أوِ النَّحيفِ، بحيثُ يعجِزُ عنِ العملِ، والزَّمِنِ والمَريضِ الـذي لا يُرجَى برؤُهُ إذا لم يبْرَأْ، والمَجنونِ الـذي إفاقتُه أقلُّ، وكذا الذي إفاقتُه أكثَـرُ إذا كان يعقبُها ضعفٌ مانعٌ مِن العَمـلِ زمنًا لوِ انضَمَّ إلى زمنِ الجُنونِ كان المَجمـوعُ أكثرَ مِـن زمنِ الإفاقةِ، كما قالـه الأَذْرَعِيُّ ومَن تبِعَـه، والأعمى وإن أبصَـرَ، والغائبِ الذي انقطَعَ خبَـرُه، نعَمْ إن عُلِمَ بعدَ الإعتاقِ حياتُه أجزَأَ، وكذا إذا كان انقطاعُ خبَرِه لخوفِ الطَّريقِ كما قاله ابنُ الرِّفْعَةِ تبعًا للإمامِ.

---

(١) «الشرح الكبير» (٩/ ٣٠٢).

(٢) في (ش)، (ج): «العيب».

وفاقـدِ أصابعِ إحدى اليديْـنِ، وفاقدِ اليدِ أوِ الرِّجلِ أوِ الإبهامِ أوِ السَّـبَّابةِ أوِ الوسْـطى أوِ الخِنْصِرِ أوِ البِنْصِرِ من يدٍ أو أُنملتيْنِ مِن كلٍّ مِن الخِنْصِرِ والبِنْصِرِ أو أُنملةٍ من الإبهامِ.

ولا يجزئُ المُوصى بمنفعتِه أبدًا أو مدَّةً معيَّنةً ولا المُستأجرُ؛ لعجزِهما عنِ الكسْبِ لنفسِهما، وللحيلولةِ بينَهما وبينَ منافعِهما، وبهذا فارَقَ المَريضَ الذي يُرجَى برؤُه والصَّغيرَ، نعَمْ لو لم يبْقَ مِن مدَّةِ الوَصيَّةِ أوِ الإجارةِ إلَّا ما لا يُقابلُ بأجرةٍ، فبحَثَ بعضُهم الإجزاءَ حينئذٍ.

(**فَإِنْ لَمْ يَجِدْ**) أي: الرَّقبةَ المذكورةَ حِسًّـا أو شـرعًا عندَ الشُّروعِ في التَّكفيرِ بـأن فقَدَهـا حينئذٍ ولم يتوقَّـعْ وجودَها، أوِ احتـاجَ إليها لنحوِ مَـرضٍ أو زَمانةٍ ومنصـبٍ، أو فقَـدَ ثمنَها أوِ احتاجَ إليه في كفايةِ مَمونِـه، أو كان زائدًا على ثمنِ المثْلِ، أو لم يفضُلْ عن نحْوِ رأسِ مالٍ يتَّجِرُ فيه وعقارٍ يستغِلُّه بحيثُ لو صرَفَه صارَ مسكينًا، وعن نفيسٍ نحو مسكنٍ وعبدٍ أَلِفَهما ولم يفضُلْ من المَسكنِ عن كفايتِـه ما يفي ثمنُـه بها، أو لم يأْلَفْهما لكن لم يمكِـنْ ببيعهما تحصيل غرضي الخدمةِ أوِ السُّـكنى والإعتاقِ بأن يفِيَ ثمنُهما بهما، بخلافِ ما لو غابَ مالُه أو فقَدَها وتوقَّعَ وجودَها.

(**فَصِيَـامُ شَـهْرَيْنِ**) هلاليَيْنِ، نعَمْ إنِ انكسَـرَ الأوَّلُ تمَّمَه مـن الثَّالثِ ثلاثينَ (**مُتَتَابِعَيْـنِ**) واجبةً، وإن وجَدَ الرَّقبة بعدَ الشُّـروعِ فـلا يلزَمُه الانتقالُ إليها وإن كان أفضَـلَ، وحينئـذٍ يقَعُ مـا فعَلَه تطوُّعًا ويبطُـلُ التَّابعُ بفطرِ يـومٍ ولو لعُذرٍ؛ كسَـفرٍ ومرضٍ وإكراهٍ وتخلُّلِ عيدِ الفطْرِ أوِ النَّحرِ، فيجِبُ اسـتئنافُ الشَّـهريْنِ وإنْ كان المـتروكُ صـومَ اليوم الأخيرِ أوِ اليومِ الذي نُسِـيَتِ النِّيَّةُ له، لا إن كان لحيضٍ أو نفاسٍ أو إغماءٍ مستغرقٍ أو جنونٍ.

نعَمْ لو كان عادتُها في الطُّهرِ تمتَدُّ إلى شـهريْنِ فشـرَعَتْ في الصَّومِ في وقتٍ يتخلَّلُه الحَيضُ بطَلَ التَّتابُعُ، نقَلَه في «الرَّوضةِ»[1] عنِ المُتولِّي، وفي «الشَّـاملِ» عـنِ الأصحابِ، وحيثُ بطَلَ فإن كان بعُذرٍ انقلَبَ ما مَضَى نفلًا وإلَّا فلا. وإذا شرَعَ في صومِ الشَّهريْنِ امتنَعَ عليه ترْكُه بغيرِ عذرٍ؛ لأنَّها عبادةٌ واحدةٌ.

(**فَـإِنْ لَمْ يَسْـتَطِعْ**) صيامَ الشَّـهرينِ لهرمٍ أو مرضٍ لا يُرجَـى زوالُه، أو يدومُ شـهريْنِ غالبًا فيما يظنُّ بالعادةِ، أو بقولِ الأطبـاءِ، أو خوفِ زيادةِ المَرضِ، أو لحوقِ مشقَّةٍ شديدةٍ بالصَّومِ أو تتابعِه، ولو بسببِ شدَّةِ شهوةِ الوَطءِ.

(**فَإِطْعامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا**) أو فقيرًا، أو أرادَ بالمِسكينِ ما يشمَلُه على قاعدةِ إذا افترَقَا اجتَمَعا من أهلِ الزَّكاةِ، فخرَجَ مَن عدا المسـكينِ والفقيرِ، ونَحوِ الكافرِ والهاشمِيِّ والمُطَّلبِيِّ، ومولى كلٍّ منهما، والرَّقيقِ ومَن يلزَمُ المُكفِّرَ مؤنتُه.

(**كُلَّ مِسْـكِينٍ**) منهم (**مُدًّا**) ممَّا يجزِئُ في الفِطرةِ؛ كبُرٍّ، وشَعيرٍ، ولَبنٍ، وأَقِطٍ واجبةً، كأن يدفَعُ إلى كلِّ مسـكينٍ مُدًّا ويقولُ: «ملَّكْتُكُم هذا» مُشـيرًا إلى جهةِ الأمـدادِ، سـواءٌ أطلَقَ أو قـال بالسَّـويَّةِ فيقبَلُوه، أو خُـذُوه فيأخُذُوه بالسَّـويَّةِ، بخلافِ نحوِ إطعامِ نحوِ الخُبزِ واللَّحمِ، وإطعامِ أقلَّ مِن ستِّين، أو إطعامِ ستِّين مُدًّا لواحدٍ في سـتِّين يومًا، فلو دفَعَ سـتِّين مُدًّا إلى ثلاثين مسـكينًا أجزأه إطعامُ ثلاثيـن إن لـم ينقُصْ كلُّ واحـدٍ عن مُدٍّ ولزِمَـه صرْفُ ثلاثين مُـدًّا إلى ثلاثين غيرِهم، وله استردادُ الباقي منهم إن أعلَمَهم بكونِها كفَّارةً.

وبخـلافِ مـا لو تفاوَتُـوا في الأمدادِ السـتِّين، نعَمْ لـو أخَـذُوا الجملةَ على الاشـتراكِ ثُمَّ اقتَسَـمُوا لـم يضُرَّ التَّفاوتُ في المأخوذِ بعدَ الاقتسـامِ في الأجزاءِ لملْكِهم قبلَه، وما لو كان المدفوعُ إلى كلِّ واحدٍ أقلَّ مِن مُدٍّ، فلو صرَفَ ستِّين

(١) «روضة الطالبين» (٨/ ٣٠٢).

مُدًّا لمِئةٍ وعِشـرينَ بالسَّـويَّةِ أجزَأَ منه ثلاثـون مُدًّا فيصرِفُ ثلاثين مُدًّا لسـتِّين منهم ويستَرِدُّ الباقي مِن الباقينَ إن أعلَمَهم بأنَّها كفَّارةٌ.

ولـو دفَعَ الأمدادَ إلى الإمـامِ فتلِفَتْ في يدِه لم يُجزِئْه؛ لأنَّه لا يدَ للإمامِ على الكفَّـارةِ، ولـو عجِزَ عنِ الإطعـام أيضًا بقِيَـتِ الكفَّارةُ في ذمَّتِه، فـإذا قدَرَ على خَصلةٍ فعَلَها ولا يتبعَّضُ العِتقُ ولا الصَّومُ، بخلافِ الإطعامِ، فلو قدَرَ على مُدٍّ أو بعضِـه لزِمَـه إخراجُه وبقِيَ الباقي في ذمَّتِه، فلو قـدَرَ بعدَ إخراجِه على العِتقِ أوِ الصَّـومِ فينبَغِـي ألَّا يلزَمَه الانتقالُ إليه؛ لشُـروعِه في الإطعـامِ، والقدرةُ بعدَ الشُّـروعِ في خَصلـةٍ على ما قبلَهـا لا توجِبُ الانتقالَ إليه كمـا نصُّوا عليه، نعَمْ لـو عجِزَ عن إتمامِ ما شـرَعَ فيه وقدَرَ علـى ما قبلَه، كأن عجِزَ عـنِ الصَّومِ بعدَ الشُّروعِ فيه ثُمَّ قدَرَ على الإعتاقِ، فالظَّاهرُ وجوبُ الانتقالِ.

هذا كلُّه في الحُرِّ الرَّشـيدِ، ومنه الذمِّـيُّ فيكفِّرُ بالإعتاقِ والإطعامِ لصحَّتِهما منـه، ويُتصوَّرُ إعتاقُه الرَّقبةَ المؤمنةَ بنحوِ أن يُسـلِّمَ عبـدَه الكافرَ، أو يرِثَ عبدًا مسلمًا، أو يقولَ لمسلمٍ: «أعتقْ عبدَكَ المسلمَ عن كفَّارتِي» فيجِيبُه.

وأمَّـا الصَّـومُ فلا يصِحُّ منه؛ لأنَّه ليـس مِن أهلِ النِّيَّـةِ، ولا يتأتَّى إطعامُه مع قدرتِه على الصَّومِ؛ لأنَّه يُمكِنُه أن يسـلِمَ ويصومَ، فإمَّا أن يتْرِكَ الوطءَ، وإما أن يسلِمَ ويصومَ ثُمَّ يطأَ.

أما الرَّقيقُ فلا يُكفِّرُ إلَّا بالصَّومِ لإعسـارِه، وللسَّيِّدِ منعُ الذَّكرِ منه إن أضعفَه عـنِ الخدمةِ، إلَّا في الظِّهارِ لتضرُّرِه بدوامِ التَّحريـمِ، كما له منعُ الأنثى الحانثةِ وإن لم يضعِفْها عن خدمتِه لحقِّ تمتُّعِه الفوريِّ، وله تحليلُهما فيه إن شرَعَا فيه بغيرِ إذنِه، ولا منعَ له في كفَّارةِ اليمينِ إن أذِنَ في الحنْثِ.

والمُبعَّضُ كالحُرِّ إلَّا في الإعتاقِ؛ لأنَّه ليس من أهلِ الولاءِ، وأمَّا السَّفيهُ فبحَثَ الإسْنَوِيُّ أنَّه إنَّما يكفِّرُ بالصَّومِ أخذًا من قولِهم أنَّه كالمعسِرِ حتَّى لو حنِثَ في يمينِه كفَّرَ بالصَّومِ، لكن ردَّه البُلقِينيُّ وقال: إنَّ المعتمدَ أنَّه يكفِّرُ هنا بالمالِ كما في القتلِ، لكنِ المخرِجُ له هو وليُّه والنَّاوي هو السَّفيهُ، وفرَّقَ بين هذا والأيمانِ بفروقٍ؛ منها: تكرُّرُ الأيمانِ عادةً فلم يلزَمْ من جعلِه فيها كالمعسرِ جعْلُه في الظِّهارِ كالمعسرِ؛ لأنَّه محرمٌ والمكلَّفُ ممتنعٌ منه عادةً.

واعلمْ أنَّه لا بدَّ مِن نيَّةِ الكفَّارةِ بشرطِ مقارنتِها للعتقِ أو تعليقِه أوِ الإطعامِ، هذا ما في «الرَّوضةِ»[1] كأصْلِها[2]، لكن حاصِلُ ما في «المجموعِ» عنِ الأصحابِ جوازُ[3] تقديمِها على ذلكَ كما في الزَّكاةِ، ثُمَّ نقلَ عن جمْعٍ أنَّ صورتَه في الزَّكاةِ أن ينويَها عندَ عزْلِها، وعلى قياسِه ينوِيها هنا عندَ عزلِ الرَّقيقِ أو الطَّعامِ.

أما الصَّومُ فلا بدَّ من تبييتِ نيَّتِه، ولا تُشترَطُ نيَّةُ الوجوبِ، قالُوا: لأنَّ الكفَّارةَ لا تكونُ إلَّا واجبةً، وقد يشكِلُ عليه ما قالُوه في المُحرمِ إذا قتلَ قملةً من نحوِ لحيتِه أنَّه يُسَنُّ له التَّصدُّقُ بلقمةٍ، وهذه كفَّارةٌ بلا شُبهةٍ وهي مندوبةٌ، وفيمَنْ تعرَّضَ لصيدٍ مُحرمًا أو بالحرمِ وشَكَّ أهو ممَّا يحرُمُ التَّعرُّضُ له من أنَّه يفدِي ندبًا، وهذه كفَّارةٌ مندوبةٌ، ولا تعيينُ جهةِ الكفَّارةِ، فإن عيَّنَها وأخطَأَ كأن نَوَى كفَّارةَ قتلٍ وليسَ عليه إلَّا كفَّارةُ ظهارٍ لم يجْزِه.

(وَ) إذا لزِمَتِ الكفَّارةُ المُظاهِرَ (**لا يَحِلُّ وَطْؤُهَا**) أي: زوجتِه المُظاهرِ منها (**حَتَّى يُكَفِّرَ**)؛ لخبَرِ أبي داودَ[4] وغيرِه أنَّه ﷺ قال لرجلٍ ظاهَرَ مِن امرأتِهِ وواقَعَها: «**لا تَقْرَبْهَا حَتَّى تُكَفِّرَ**» وأفهَمَ كلامُه حِلَّ ما عدا وطْئِها، وهو ما حكاه

---

(١) «روضة الطالبين» (٨/ ٢٧٩).
(٢) «الشرح الكبير» (٩/ ٢٩٣).
(٣) فوقه في (ع): «معتمد».
(٤) «سنن أبي داود» (٢٢٢١).

الرَّافِعِيُّ[١] عنِ الأكثرين، وأطلَقَ في «المنهاجِ»[٢] أنَّه الأظهَرُ، لكنِ الأَوْلى في «المحرَّرِ»، وبه جزَمَ القاضي، ونقَلَ في «الكبيرِ»[٣] ترجيحَه عنِ الإمام، ورجَّحَه في «الشَّرحِ الصَّغيرِ» حرمةُ الاستمتاعِ بما بينَ سرَّتِها وركبتِها كالحائضِ، واعتمدَه[٤] شيخُ مشايخِنا وغيرُه، وخصَّوْا به إطلاقَ «المنهاجِ»[٥] السَّابقَ.

وظاهرُ كلامِهم على هذا جوازُ القُبلةِ ونحوِها لمَنْ حُرِّكَتْ شهوتُه، خلافًا لما بحَثَه الأَذْرَعِيُّ[٦] من تحريمِ ذلكَ كما في الصَّومِ، وظاهرُ كلامِه أنَّه لا فرْقَ في توقُّفِ حِلِّ الوطءِ على التَّكفيرِ بينَ الظِّهارِ المُطلقِ والمؤقَّتِ، وهو ما اعتمدَه البُلْقِينيُّ ومَن تبِعَه، لكنِ الذي[٧] في «الرَّوضةِ»[٨] و«أصْلِها»[٩] في المؤقَّتِ، وبه[١٠] قال البغويُّ[١١] والمُتولِّي: توقُّفُ الحِلِّ على التَّكفيرِ أوِ انقضاءِ المُدَّةِ، فإذا انقَضَتْ حَلَّ الوَطءُ؛ لارتفاعِ الظِّهارِ، وبقِيَتِ الكفَّارةُ في ذمَّتِه.



(١) «الشرح الكبير» (٩/ ٢٦٦).
(٢) «منهاج الطالبين» (ص ٢٤٦).
(٣) «الشرح الكبير» (٩/ ٢٦٧).
(٤) فوقه في (ع): «معتمد».
(٥) «منهاج الطالبين» (ص ٢٤٦).
(٦) «قوت المحتاج» (٧/ ٢٠).
(٧) فوقه في (ع): «معتمد».
(٨) «روضة الطالبين» (٨/ ٢٧٤).
(٩) «الشرح الكبير» (٩/ ٢٧٧).
(١٠) في (ج): «أنه».
(١١) «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٦/ ١٦٣).

(فَصْلٌ)
فِي قَذْفِ الرَّجُلِ زَوْجَتَهُ وَالتِعَانِهِ مِنْهَا

وهما شرعًا: ما يُؤخَذُ ممَّا ذكَرَه بقولِه: (وَإِذَا رَمَى الرَّجُلُ) المُكلَّفُ المُختارُ المُلتزِمُ للأحكامِ العالِمُ بالتَّحريمِ كما سيأتي في كتابِ الحُدودِ (زَوْجَتَهُ) المُحصنةَ أي: البالغَةَ العاقلةَ الحُرَّةَ المُسلمةَ العفيفةَ عن وطءٍ حالَ تكليفِها واختيارِها وعلْمِها بالتَّحريمِ، ولو حالَ رقِّها وكفرِها تُحدُّ به كما سيأتي.

ثُمَّ أيضًا (بِالزِّنَا) صريحًا كان كقولِه لها: «زنَيْتِ» و«يا زانيةُ» أو «زَنَى فرْجُكِ أو بدَنُكِ»، وإن ظنَّها أجنبيَّةً أو جهِلَ الحالَ، لكنْ في «فُروقِ الجُوينيِّ»[1] أنَّه إذا قذَفَ زوجتَه وهو لا يعرِفُها حينَ قذَفَها لكونِها مقنعةً بخمارٍ، أو في ظلمةٍ ثُمَّ بان أنَّها زوجتُه فليس بقذفٍ ولا لعانٍ، وإنِ ادَّعَتْ عليه صُدِّقَ بيمينِه أنَّه لا يعرِفُها.

بخلافِ: «زَنَى يدُكِ» أو «رْجِلُكِ» أو «عينُكِ»، أو «يا قحبةُ»، كما أفْتَى به ابنُ عبدِ السَّلامِ في ذلكَ، وفي «يا مخنَّثُ» للرَّجلِ للعرْفِ[2]، وقال ابنُ القطَّانِ في الأوَّلِ أنَّه كنايةٌ، أو «لطْت» أو «لائطةُ» أو «لاطَ بك فلانٌ»، لا «يا لوطيَّةُ»، بل هو كنايةٌ على المعروفِ في المذهبِ، كما قاله في «الرَّوضةِ»[3]، لكنه مع ذلكَ صوَّبَ فيها أنَّه صريحٌ أو كنايةٌ؛ كقولِه: «يا خبيثةُ»، أو «يا فاجرةُ»، أو «يا فاسقةُ»، أو «يا عاهرةُ» على أحدِ وجهيْنِ ثانيهُما: أنَّه صريحٌ، أو «يا نبطيَّةُ» وهي عربيَّةٌ أو عكسُه، أو زنأْتِ أو زنأْتِ بالجبَلِ بالهمزِ فيهما، أو «أنتِ تحبِّينَ الخلْوةَ» أو «لم أجدْكِ بكرًا».

---

(١) «الجمع والفرق» (٣/ ٣٢١).
(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣٧٢).
(٣) «روضة الطالبين» (٨/ ٣١١-٣١٢).

(فَعَلَيْـهِ) لهـا (حَدُّ الْقَذْفِ) الآتي بيانُه في كتابِ الحُـدودِ في الصَّريحِ، وكذا في الكنايـةِ إن اعتـرفَ بنيَّـةِ القذفِ، فإن أنكَرَهـا فللزَّوجةِ تحليفُه أنَّـه ما نَوَى، فإن حلَـفَ فعليـه التَّعزيرُ للإيـذاءِ، وإن نـكَلَ وحلَفَتْ فعليه حدُّ القـذفِ، وليس له الحلِفُ كاذبًا لدفعِ الحدِّ.

ومتى نَوَى القذفَ لزِمَه الإقرارُ به ليُحَدَّ أو يُعفَى عنه، فإنَّ الحدَّ لزِمَه باطنًا كمن قتـلَ خفيـةً، فإنَّه يلزَمُه الإقرارُ به ليُقادَ أو يُعفَى عنه، وسـيأتي بيانُ ما خرَجَ بالقُيودِ المذكورةِ في الرَّجلِ والزَّوجةِ وما يتعلَّقُ به في كتاب الحُدودِ إن شاءَ اللهُ تعالى.

ومنه: أن يُعزَّرَ بقذفِه إيَّاها إذا كانت غيرَ محصنةٍ، ووجوبُ حدِّ القذفِ أوِ التَّعزيرِ عليه ثابتٌ في كلِّ حالٍ (إِلَّا) حالَ (أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ) على زِناها، وهي أربعةُ رجالٍ كما سـيأتي في الشَّـهاداتِ (أَوْ) حالَ أن (يَلْتَعِنَ) أي: يأتي باللِّعانِ، وهو الكلماتُ الآتيةُ ولو بعدَ إبانتِها أو موتِها، فلا يجِبُ عليه الحدُّ حينئذٍ، ولم يُرِدْ حصرَ عدمِ الوجوبِ فيمـا ذكَـرَه، وإن أوهَمَه لفْظُه؛ بدليلِ عدمِ الوجوبِ أيضًـا عندَ عفوِ المقذوفِ كما ذكَرَه في كتابِ الحُدودِ، وعندَ اعترافِها بالزِّنا حقيقةً أو حكمًا كما صرَّحُوا به، وإنَّما أهمَـلَ ذلكَ هنا؛ لأنَّه أرادَ فرْضَ الكلامِ في حالِ إنكارِها ومشـاحَّتِها لظهورِ حكمِ الحالتيْـنِ الأخيرتيْنِ، ولأنَّ المقصودَ بالذَّاتِ هنا بيانُ اللِّعانِ، وإنَّما ضمَّ إليه البيِّنةَ للتَّنبيهِ على عدمِ الانحصارِ مع مناسبتِها له لما قيلَ: إنَّه شهادةٌ.

واعلـمْ أنَّ رمْيَ الزَّوجـةِ بالزِّنا وإن أوجَـبَ الحدَّ قد يكونُ مباحًـا، بأن علِمَ زِناهـا بـأنْ رآهُ بعينِـه، أو ظنَّه ظنًّا مؤكَّـدًا بإقرارِها به، أو رؤيةِ رجـلٍ معَهَا مرارًا في محـلِّ ريبةٍ، أو مرَّةً تحتَ شـعارٍ على هيئةٍ مُنكرةٍ، أو إخبـارِ مَن يعتقِدُ صدْقَه برؤيتِه زِناها أو شيوعِ زِناها بينَ النَّاسِ مع قرينةٍ؛ كرؤيةِ المتَّهمِ خارجًا مِن عندِها أو معَها في الخلْوةِ.

وإنَّما جـاز له حينئذٍ القذْفُ المُرتَّبُ عليه اللِّعـانُ الذي يخلُصُ به لاحتياجِه إلـى الانتقامِ منها لتلطيخِها فراشَـه، ولا يكادُ يُسـاعِدُه على ذلـكَ بيِّنَةٌ أو إقرارٌ، ولكنِ الأولى أن يستُرَ عليها ويُطلِّقُها إن كرِهَها.

وقد يكون واجبًا بأن أتَتْ بولدٍ علِمَ أو ظنَّ ظنًّا مؤكَّدًا أنَّه ليس منه، مع إمكانِ كونِه منه ظاهرًا، كأن لم يطَأْها أو ولدَتْه لدونِ سـتَّةِ أشهرٍ مِن الوَطْءِ وعلِمَ زِناها أو ظنَّـه ظنًّا مؤكَّـدًا، قالُوا: فيلزَمُه هنا القذفُ واللِّعانُ لنفْيِـه لوجوبِ نفْيِه حينئذٍ كما سـيأتِي، ولا يخْفَى إشـكالُه؛ لأنَّ اللِّعانَ لا يتوقَّفُ على خصوصِ القَذفِ، وكان يمكِنُ تحصيلُ المقصودِ بنحْوِ رمْيِها بوطءِ الشُّبهةِ.

وإذا أرادَ أن يلتعِـنَ (**فَيَقُولُ عِنْـدَ الْحَاكِمُ**) بأمرِه وتلقينِه ما سـيأتِي، فلا يُعتدُّ بقولِه بدونِ ذلكَ.

ويُندَبُ للحاكمِ أن يغلِّظَ عليه اللِّعانَ: بالزَّمانِ، والمكانِ، والجمْعِ.

* فالتَّغليـظُ بالزَّمانِ: بأن يكونَ اللِّعانُ بعدَ صلاةِ عصرِ الجمعةِ، فيؤخَّرُ إليها إن لـم يكُنْ طلـبٌ أكيدٌ، وإلَّا فبعدَ عصـرِ أي يومٍ كان، فإن كان كافـرًا فالمُعتبَرُ أشرفُ الأوقاتِ عندَهم كما ذكَرَه الماوردِيُّ[1] وغيرُه.

* والتَّغليـظُ بالمكانِ بأن يكونَ بأشـرفِ مـكانٍ ببلدِه، بأن يكـونَ بالجامعِ، والأَوْلـى في غيرِ مكَّةَ وبيتِ المقدسِ: أن يكـونَ عندَ المِنبَرِ مِن جِهةِ المِحرابِ؛ لأنَّه أشرَفُ بقاعِه.

والأَوْلى أن يكونَ (**عَلَى الْمِنْبَرِ**) كما صحَّحَه الرَّافِعِيُّ في «أصلِ الرَّوضةِ»[2]، وحَكَـى الرَّافِعِـيُّ[3] تصحيحَه عنِ البَغَوِيِّ، وفي مكَّةَ أن يكـونَ بينَ ركنِ الحجرِ

---

(١) «الحاوي الكبير» (١١/ ٤٦).
(٢) «الشرح الكبير» (٩/ ٤٠٤).
(٣) «الشرح الكبير» (٩/ ٤٠٤).

الأسودِ والمقامِ وهو المُسمَّى بالحَطيمِ؛ لأنَّه أشرَفُ بقاعِه بعدَ البيتِ، ولم يُطلبْ في البيتِ الذي هو الأشرفُ صيانةً له عن مثلِ ذلكَ كما قاله الماورديُّ[1] لمزيدِ شرَفِه، وفي بيتِ المقدسِ أن يكونَ عندَ الصَّخرةِ؛ لأنَّها أشرفُ بقاعِه، فإنَّها قِبلةُ الأنبياءِ ومن الجنَّةِ، كما رواه ابنُ ماجَه[2].

نعَمْ، إن كان أحدُهما جُنبًا أو حائضًا أو نُفساءَ لاعَنَ ببابِ المَسجدِ، ويخرُجُ إليه الحاكمُ أو نائبُه.

قال المُتولِّي: وكلُّ ذلكَ إذا رَأى الحاكمُ التَّعجيلَ، فإنْ رَأى التَّأخيرَ إلى زوالِه جازَ[3].

والأَوْلى في حقِّ اليهودِ الكنيسةُ، وفي حقِّ النَّصارى البِيعَةُ، وفي حقِّ المَجوسِ بيتُ النَّارِ؛ لأنَّهم يُعظِّمونَ هذه المواضعَ، واليمينُ فيما يُعظِّمُه الحالِفُ أشدُّ، وللحاكمِ دخولُها، ولو دخَلَ إلينا وثنيَّانِ بأمانٍ أو هُدنةٍ لاعَنَ بينَهما في مجلسِ الحاكمِ لا في بيتِ الأصنامِ؛ لأنَّه لا أصْلَ له في الحرمةِ واعتقادُهم فيه غيرُ مرعِيٍّ، وقد قال الماورديُّ[4]: دخولُ بيتِ الأصنامِ معصيةٌ بخلافِ البِيعِ والكنائسِ، وفي «الكفايةِ»[5] أنَّ دخولَ الحاكمِ متعبَّداتِ الكفَّارِ ليس للتَّعظيمِ فلا يحرُمُ، وهو شاملٌ لبيتِ النَّارِ وبيتِ الأصنامِ.

لكن قال بعضُهم في الثَّاني وفيه نظرٌ، والظَّاهرُ أنَّ غيرَ الحاكمِ كالحاكمِ في جوازِ الدُّخولِ، كما شمِلَه كلامُ الماورديِّ[6] المذكورِ.

---

(١) «الحاوي الكبير» (١١/ ٤٦).
(٢) «سنن ابن ماجه» (٣٤٥٦).
(٣) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٤/ ٣٥٩).
(٤) «الحاوي الكبير» (١١/ ٤٨).
(٥) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٤/ ٣٥٩ - ٣٦٠).
(٦) «الحاوي الكبير» (١١/ ٤٨).

والـكلامُ في دخولِهـا بإذنِهم[١]، أمَّا بغيْـرِهِ فلا كلامَ في امتناعِـه مُطلقًا، وقيَّدَ الزَّرْكَشِـيُّ وغيرُه جـوازَ الدُّخولِ بمـا إذا خلَتْ عن صورةٍ؛ لأنَّـه يحرُمُ دخولُ البيتِ التي هي فيه، كما نقَلَه صاحبُ «البيانِ»[٢] عنِ الأصحابِ.

ويجوزُ تلاعُنُ الذِّمِّيَّيْنِ في المَسجدِ غيرَ المَسجدِ الحرامِ، ولو مع حدثٍ أكبَرَ كجنابـةٍ وحيضٍ لا يُلوِّثُ المَسـجدَ. قال ابنُ الصَّبَّـاغِ: برضاهُما، فإن رضِيَتْ دونَه فلها ذلكَ أو هو دونَها لم يكْفِ. انْتَهى.

ولو كان الزَّوجُ مسـلمًا والزَّوجةُ ذمِّيَّةً لاعَنَ في الجامعِ ولاعنَتْ فيما تعظِّمُه مـن بِيعَةٍ أو غيرِها، فإن رضِيَ بلعانِها في المسـجدِ وقـد طلَبَتْه جازَ، بخلافِ ما إذا لـم تطلُبْه؛ لأنَّ الحقَّ في اللِّعانِ لها، أو لم يرْضَ هو لأنَّ التَّغليظَ عليها حقُّه، لكن لوِ امتنَعَتْ مع رضاه فهل تُجبَرُ؟ فيه نظرٌ.

وما ذكَرَه مِن أنَّ التَّغليظَ عليها حقُّه قد يُشكِلُ على ما تقدَّمَ عنِ ابنِ الصَّبَّاغِ، ويقتَضِـي عكسَ مـا ذكَرَه؛ إذ لا تغليـظَ في الجامعِ في اعتقادِهمـا، ففي رِضاها دونَـه تفويـتُ حقِّه مِن التَّغليـظِ، بخلافِ رِضـاه دونَها؛ لأنَّ غايتَـه أنَّه يتضمَّنُ إسقاطَ حقِّه، وهو جائزٌ له، ولا يقالُ أنَّه يتضمَّنُ أيضًا حمْلَها على ما لا تعتقِدُه مِـن تعظيمِ المسـجدِ لوجودِ نظيرِ ذلكَ بعدَ تسـليمِه في العكـسِ، أعنِي رِضاها دونَه مع زيادتِه بتفويتِ حقِّه.

ولا يغلَّـظُ على نحـوِ زنديقٍ ودهرِيٍّ بشـيءٍ ممَّـا تقدَّمَ، ويُلاعَـنُ بمجلسِ الحكـمِ؛ لأنَّـه لا يُعظِّمُ زمانًـا ولا مكانًا، ويحسُـنُ أن يحلِفَ بـاللهِ الذي خلَقَه ورزَقَه؛ لأنَّه وإن غَلَا في كفْرِه وجَدَ نفْسَه مذعنةً لخالقٍ مدبرٍ[٣].

---

(١) في (ع): «دخول إجازتهم».

(٢) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (١٠/ ٤٦٠).

(٣) في (ج)، (هـ): «مرجًى».

وللسَّيِّدِ أن يُلاعِنَ بينَ عبْدِه وزوجتِه أو أمتِه وزوْجِها، وأن يسمَعَ البيِّنةَ.

وبالجمْعِ أن يكونَ (فِـي) أي: في حضورِ (جَمَاعَةٍ مِنَ) أعيانِ (النَّاسِ) بالبلدِ وصلحائِهِـم، أقلُّهم أربعةٌ يَعرِفُون لغةَ المُلاعنِ، واعتبَرَ المَاوَرْدِيُّ[1] أن يكونوا مِن أهلِ الشَّـهادةِ ثمَّ ذكر مقولَ يقولُ وهو قولُه: (أَشْهَدُ بِاللهِ إِنَّنِي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَـا رَمَيْـتُ بِهِ) هذه أو زوجَتِي هذه إن كانت حاضرةً، فإن كانت غائبةً سـمَّاها ورفَعَ نسـبَها بمـا يُميِّزُها؛ كقولِه فيما رمَيْـتُ به (زَوْجَتِي فُلَانَةَ مِـنَ الزِّنَا) إن أقرَّ برمْيِها، فإنِ ادَّعَتْه عليه فأنكَرَ أو سكَتَ فأقامَتْ بيِّنةً به لم يقُلْ فيما رمَيْتُها به، بل فيما أثبتَتْ عليَّ من رمْيِي إيَّاها مِن الزِّنا.

ولـو حمَلَتْ بولـدٍ علِمَ أو ظنَّ ظنًّـا مؤكَّدًا أنَّه مِـن الزِّنا مع إمـكانِ كونِه منه ظاهرًا بأن لم يطَأْها أو ولدَتْه لدونِ سـتَّة أشـهرٍ مِن الوَطءِ، أو لفوقِ أربعِ سـنينَ مِن الوَطءِ، أو لِما بينَ ستَّةِ أشهرٍ وفوقَ أربعِ سنينَ مِن الزِّنا بعدَ الاستبراءِ بحيضةٍ لزِمَه نفْيُه؛ لأنَّ ترْكَه يتضمَّنُ اسـتلحاقَه، واسـتلحاقُ مَن ليس منه حرامٌ، كما أنَّ نفْيَ مَن هو منه حرامٌ.

وكالوطْءِ اسـتدخالُ المَنيِّ، والوَطءُ مـع العزْلِ كالوَطءِ بدونِه، بخلافِ ما إذا لم يعلَمْ ولم يظُنَّ أنَّه مِن الزِّنا بأن ولدَتْه لدونِ ستَّة أشهرٍ مِن الزِّنا، أو لفوقِه ودون فوق أربعِ سِنينَ منه ومنَ الوَطءِ بلا استبراءٍ، وكذا مِن الوَطءِ مع الاستبراءِ إذا لم يعلَمْ ولم يظُنَّ زِناها، أو ولدَتْه لفوق أربع سـنين مِن الزِّنا ودونه وفوقَ دونِ سـتَّةِ أشهرٍ مِن الوَطءِ، فإنَّه يحرُمُ نفْيُه رعايةً للفِراشِ، ولا عبْرةَ بريبةٍ يجِدُها في نفْسِه.

وحيثُ لزِمَه نفْيُه وجَبَ ذكْرُه في اللِّعانِ، فيقولُ عطفٌ على مجرورٍ في السَّابقِ: (وَأَنَّ هَذَا الْوَلَدَ) أو هذا الحمْلَ إن كان حاضرًا، أوِ الذي ولدَتْه، أوِ الحملَ الذي

(١) «الحاوي الكبير» (١١/ ٤٦).

حمَلَتْ بـه إن كان غائبًا (**مِنَ الزِّنَا**) قال الأكثرون: ولا يكْفِي ذلكَ؛ لاحتمالِ أن يعتقِدَ أنَّ الوَطْءَ بالشُّبهةِ زنًا، بل لابدَّ أن يزيدَ: (**وَلَيْسَ مِنِّي**)، وصحَّحَ البغوِيُّ أنَّه يكْفِي، وجزمَ بتصحيحِه في «الشَّـرحِ الصَّغيـرِ» و«أصلِ الرَّوضةِ»[١] حملًا للفظِ الزِّنـا على حقيقتِه، وقياسُ تعليـلِ الأوَّلِ الاكتفاءُ ممَّن لا يُحتمَـلُ منه الاعتقادُ المذكورُ كالفقيهِ.

ولـوِ اقتصَرَ على قولِـه: «ليس منِّي» لم يكْفِ على الصَّحيـحِ؛ لاحتمالِ نفْيِ المُشابهةِ له خَلْقًا وخُلُقًا.

ويجِبُ أن يقولَ جميعَ ما ذُكِرَ (**أَرْبَعَ مَرَّاتٍ**) حتَّى لو أغفَلَ ذكْرَ الولدِ في بعضِ المرَّاتِ احتاجَ في نفْيِه إلى إعادةِ اللِّعانِ.

ويُنـدَبُ للقاضـي أن يعِظَـه فيها بـأنَّ يُخوِّفَه بـاللهِ تعالى، ويقـولَ له: عذابُ الآخرةِ أشـدُّ مِن عذابِ الدُّنيا، ويقـرَأَ عليه: ﴿**إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا**﴾[٢] الآيةَ، ويذكُرُ له قولَه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ للمُتلاعنيْنِ: «**حِسَابُكُمَا عَلَى اللهِ أَحَدُكُمَا كَاذِبٌ، فَهَلْ مِنْكُمَا مِنْ تَائِبٍ**»[٣].

(**وَيَقُولُ فِي**) المَرَّةِ (**الْخَامِسَـةِ**) بدلَ قولِه في المَرَّاتِ الأربعِ: «أَشْـهَدُ باللهِ إنِّي لمِـنَ الصَّادقين» (**بَعْدَ أَنْ يَعِظَهُ الحَاكِمُ**) ويبالِغَ في وعْظِه ندبًا فيهما، بنحْوِ قولِه: «اتَّقِ اللهَ؛ فإنَّ قوْلَك عليَّ لعنةُ اللهِ يوجِبُ اللَّعنةَ إن كنتَ كاذبًا» لعلَّه ينزجِرُ، ويأمُرُ رجلًا بوضْعِ يدهِ على فمِه ويأْتِي من ورائِه كما صرَّحَ به الإمامُ والغَزاليُّ[٤].

---

(١) «الشرح الكبير» (٩/ ٣٩٥).

(٢) سورة آل عمران: ٧٧.

(٣) رواه البخاري (٥٣١٢)، ومسلم (١٤٩٣) من حديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٤) «الوسيط في المذهب» (٦/ ١٠٦).

(وعَلَـيَّ لَعْنَةُ اللهِ إِنْ كِنْتُ مِنَ الْكَاذِبِينَ) فيما رمَيْتُ به هذه، أو زوجتي فلانةَ مِن الزِّنا، وأنَّ هذا الولَدَ مِن الزِّنا وليسَ منِّي، فلا بدَّ مِن ذكْرِه في الخامسةِ أيضًا، فلو أغْفَلَه فيها احتاجَ في نفْيِه إلى إعادةِ اللِّعانِ.

ويجِـبُ الفورُ لصحَّةِ نفْيِه كالرَّدِّ بالعيبِ، فـإنْ أخَّرَه بلا عذرٍ تعذَّرَ نفْيُه، فإن كان مريضًـا أو محبوسًـا أو خائفًا على مالِه بعَثَ للقاضـي ليطَّلِعَ على الحالِ، أو يرسِـلَ إليه نائبًا ليلاعِنَ عندَه، أو يعلِمَه أنَّه مسـتمِرٌّ على النَّفيِ، فإن لم يبعَثْ بطَلَ حقُّه إن أمكَنَه البعْثُ، وإلَّا أشـهَدَ على اسـتمرارِه علـى النَّفيِ، وله تأخيرُ نفْيِ الحمْلِ إلى انفصالِه ليتحقَّقَ كونُه ولدًا، فإن قال عرفْتُه ولكن أخَّرْتُ رجاءَ موتِه بطَلَ حقُّه.

ولوِ ادَّعى الجهلَ بالولادةِ صُدِّقَ بيمينِه إن احتمَلَ ما قاله، وإلَّا فلا، أو قال: «لـم أصـدِّقِ المُخبِرَ» لم يُقبلْ إن كان عدلًا ولو في الرِّوايـةِ، أو «لم أعلَمْ جوازَ اللِّعـانِ» صُدِّقَ إن كان عامِّيًّا، وإن نشَـأَ مُسـلمًا بينَ المسـلمين قـال ابنُ داودَ: والمُـرادُ بكونِ النَّفيِ علـى الفورِ أن يأتِيَ الحاكِمَ ويقـولَ: إنَّ الولدَ ليس منِّي، وإنْ تأخَّرَ اللِّعانُ عن ذلكَ[1].

(وَيَتَعَلَّقُ بِلِعَانِهِ خَمْسَةُ أَحْكَامٍ):

(١) (سُـقُوطُ الْحَـدِّ) الواجـبِ عليه لهـا برمْيِه إيَّاهـا بالزِّنا، وكـذا التَّعزيرُ الواجـبُ لها بذلكَ بأن كانت غيرَ محصنةٍ كما سـيأتِي في كتابِ الحُدودِ (عَنْهُ) وكـذا الواجبُ لمُعيَّنٍ واحـدٍ أو أكثرَ رَمَاها به إن ذكَـرَه في اللِّعانِ، وإلَّا حُدَّ له، نعَمْ له أنْ يُعيدَ اللِّعانَ ويذكُرَه ليسقِطَ[2] الحدَّ عنه.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣٨٧).

(٢) في (ج)، (ع): «يسقط».

ولوِ ابتدأَ ذلكَ المُعيَّنَ الذي رَمَاها به فطالَبَه بحدِّ قذفِه ولم تطالِبْه هي فهل له اللِّعانُ لإسقاطِ حدِّه أو لا؟

وجهانِ، قال الشَّيخانِ[1]: وقد يُبنيانِ على خلافٍ في أنَّ حقَّه يثبُتُ أصلًا أو تابعًا لحقِّها، وظاهرُ كلامِهم كما قال شيخُ مشايخِنا[2] أنَّه يثبُتُ أصلًا فيكونُ الأصحُّ أنَّ له اللِّعانَ.

(٢) (**وَوُجُوبُ الْحَدِّ**) للزِّنا (**عَلَيْهَا**) ولو ذمِّيَّةً ويسقُطُ عنها بلعانِها كما سيأتي.

(٣) (**وَزَوَالُ الْفِرَاشِ**) بانفساخِ النِّكاحِ ظاهرًا وباطنًا وإن كان كاذبًا.

(٤) (**وَنَفْيُ**) أي: انتفاءُ (**الْوَلَدِ**) أوِ الحملِ الذي تعرَّضَ لنفْيِه في اللِّعانِ كما تقدَّمَ، نعَمْ لو استلحَقَه بعدَ النَّفيِ، ولو بنحْوِ: «آمينَ» أو: «نعَمْ» لمن قال له: «مُتِّعْت بولدِكَ»، لا بنحْوِ: «جزاكَ اللهُ خيرًا»، أو «سمِعْتَ ما أسرَّكَ» لحِقَه ولو بعدَ موتِه وإن لم يخلفْ أحدًا، ويسقُطُ عنه القِصاصُ إن استلحَقَه بعد أن قتَلَه.

(٥) (**وَالتَّحْرِيمُ**) المُستمِرُّ (**عَلَى الأَبَدِ**) ظاهرًا وباطنًا وإن كذَّبَ وأكذَبَ نفسَه أو أبانَها قُبيلَ اللِّعانِ، فيحرُمُ نكاحُها ووطْئُها بالملْكِ لو كانت أمةً فملَكَها، بل أخَذَ بعضُ مشايخِنا مِن عمومِ قولِه ﷺ: «**الْمُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا**»[3] أنَّها لا تكونُ زوجةً له في الجنَّةِ.

والحكمُ بتعلُّقِ هذه الأحكامِ الخمسةِ بلعانِه لا ينافي تعلُّقَ غيرِها به أيضًا؛ كسقوطِ حصانتِها بالنِّسبةِ إليه دونَ غيرِه حتَّى لا يُحَدَّ بقذفِها ولو بعدَ لعانِها إن قذَفَها بذلكَ الزِّنا أو أطلَقَ، لكنَّه يُعزَّرُ للإيذاءِ، بخلافِ ما لو قذفَها بزِنًا آخَرَ

---

(١) «الشرح الكبير» (٩/ ٣٨٥)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٣٤٤).

(٢) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٧٩).

(٣) رواه البيهقي (٧/ ٤٠٩).

ولَاعَنَتْ فيُحَدُّ سواءٌ قذَفَها بعدَ اللِّعانِ أو قبْلَه في النِّكاحِ أم قبْلَه لعدمِ سُقوطِ حصانتِها حينئذٍ بالنِّسبة إليه.

وليس له اللِّعانُ لإسقاطِ الحدِّ أوِ التَّعزيرِ لبينونتِها بلعانِ القذفِ الأوَّلِ ولا ولدَ وكتشطيرِ[1] الصَّداقِ قبلَ الدُّخولِ واستباحةِ أختِها وأربعٍ سواها قبلَ انقضاءِ عدَّتِها، وقضيَّةُ قولِه بلعانِه أنَّ هذه الأحكامَ تثبُتُ بمُجرَّدِ لعانِه مِن غيرِ توقُّفٍ على شيءٍ آخَرَ؛ كقضاءِ القاضي أو لعانِها[2] وهو كذلكَ.

(**وَيَسْقُطُ الْحَدُّ**) الواجبُ عليها بلعانِها[3] (**عَنْهَا بِأَنْ تَلْتَعِنَ**) أي: تأتي بكلماتِ اللِّعانِ (**فَتَقُولُ**) بأمْرِ الحاكمِ وتلقينِه مع مراعاةِ التَّغليظِ المُتقدِّمِ في جانبِ الزَّوجِ (**أَشْهَدُ بِاللهِ أَنَّ**) هذا أو أنَّ (**فُلَانًا هَذَا**) إن كان حاضرًا، فإن غابَ ذكَرَتْه بما يُميِّزُه (**لَمِنَ الكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزِّنَا أَرْبَعَ مَرَّاتٍ**) ويُندَبُ للحاكمِ وعْظُها فيها كما تقدَّمَ، (**وَتَقُولُ فِي المَرَّةِ الْخَامِسَةِ بَعْدَ أَنْ يَعِظَهَا الْحَاكِمُ**) ويُبالِغَ في وعْظِها، ويأمُرَ امرأةً بوضْعِ يدِها على فمِهَا: (**وعَلَيَّ غَضَبُ اللهِ إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ**) فيما رَمَاني به مِن الزِّنا.

وتُشترَطُ المُوالاةُ بينَ المرَّاتِ الخمسِ، وتأخُّرُ لعانِها عن لعانِه، والكلمةِ الخامسةِ فيهما عنِ الكلماتِ الأربعِ، ولا تُشترَطُ المُوالاةُ بينَ لعانَيْهِما، ولا يتعلَّقُ بلعانِها سِوَى سقوطِ الحدِّ عنها، فإن أثبَتَ زِناها بالبيِّنةِ فليس لها أن تُلاعِنَ لإسقاطِ الحدِّ.

ويُسَنُّ أن يتلاعَنَا مِن قيامٍ إن قدَرَا عليه ليراهُمَا النَّاسُ ويشتهِرَ أمْرُهما، ولأمْرِه ﷺ هِلالًا به، وتقعُدُ هي حالَ لعانِه فإذا فرَغَ قامَتْ للعانِها.

---

(١) في (ع): «وكتشطر».

(٢) في (ج): «لعانه».

(٣) في (ع): «بلعانه».

قال المـاوَرديِّ: وينبَغِي أن يتلاعَنَا مجتمعيْنِ، بحيـثُ يَرَى كلٌّ منهما الآخَرَ ويسـمَعُ كلامَه، ويجوزُ ألَّا يكونَ كذلكَ، لكن إن كان ذلكَ بغيرِ عذرٍ كُرِهَ، وإلَّا فلا. قال الزَّرْكَشِيُّ: وينبَغِي مَجيئُه[1] مِن السُّنن[2].

واعلَـمْ أنَّ الرَّجعيَّـةَ كالزَّوجةِ في جميعِ ما تقرَّرَ بل هي زوجتُه شـرعًا، ولهذا لحِقَها الطَّلاقُ بقولِه: «زوجاتِي طوالقُ»، بخلافِ البائنِ بفسْـخٍ، أو طلاقٍ بائنٍ، أوِ انقضاءِ عدَّةٍ، أو غيرِ ذلكَ.

والمَوطوءةُ بشُبهةٍ كنكاحٍ فاسدٍ، فإنَّ كلًّا منهما وإن أوجَبَ عليه الحدَّ بقذفِها إلَّا أنَّـه لا لعـانَ إن لم يكُنْ ولدٌ ولا حملٌ، فإن كان ثَمَّ أحدُهما فله اللِّعانُ لنفْيِه، وإذا لاعَنَ سـقَطَ عنه حدُّ القذفِ وتأبَّـدَتِ الحُرمةُ ولا حدَّ عليها بلعانِه، نعَمْ إن أضـافَ الزِّنا إلى نكاحِه بأن قال: «زنيْـتُ في نكاحِي» وجَبَ عليها الحدُّ بلعانِه، ولها إسقاطُه بلعانِها.

وإذا لاعَـنَ لنفْـيِ الحمـلِ فبانَ أن لا حمْـلَ، أو لاعَنَ زوجٌ ولا ولدَ فبانَ فسـادُ نكاحِه بانَ فسادُ لعانِه، فلا يثبُتُ شيءٌ من أحكامِه كتأبُّدِ الحُرمةِ وسقوطِ الحدِّ عنه.

ولو بانَتْ منه ثُمَّ قذَفَها نُظِرَ، فإن قذَفَها بزنًا مُطلقٍ أو مضافٍ لِما بعدَ النِّكاحِ، فإن كان ثَمَّ ولدٌ يُمكِنُ كونُه منه لاعَنَ لنفْيِه، وإلَّا فلا، وإن قذَفَها بزنًا مضافٍ إلى ما قبلَ النِّكاحِ أو إلى ما بعدَ البينونةِ فلا لعانَ مُطلقًا، لكن له إنشاءُ قذفٍ مُطلقٍ أو مضافٍ لِما بعدَ النِّكاحِ، ويلاعِنُ إن كان ثَمَّ ولدٌ يُمكِنُ كونُه منه.



---

(١) في هامش (ع): «أي: مجيء العذر من كتب السنة».

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣٨٥).

(فَصْلٌ)
فِي العِدَّةِ

وهي مـدَّةٌ تتَربَّصُ فيها المَرأةُ لمَعرفةِ براءةِ رحِمِهـا، أو للتَّعبُّدِ، أو لتفجُّعِها على الزَّوجِ[1].

(**وَالمُعْتَدَّةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ**:

(١) (**مُتَوَفًّى عَنْهَا**) مِن حيثُ إنَّها متوفًّى عنها بأن ماتَ زوجُها عنها،

(٢) (**وَغَيْـرُ مُتَوَفًّى عَنْهَا**) (مِن حيثُ إنَّها غيرُ متوفًّى عنها، ولفظ «يتوفى» في الموضعين على صيغة المفعول، ونائب الفاعل «عنها»)[2].

(**فالمُتَوَفَّـى عَنْهَـا**) مِن حيـثُ إنَّها متوفًّى عنهـا (**إِنْ كَانَتْ**) حـرَّةً فإن كانت (**حامِـلًا**) حملًا يمكِنُ كونُه مِـن الميِّتِ وإن كان لحمًا قـال القوابلُ: إنَّه أصلُ آدميٍّ، ولو بقِيَ لتصَوَّرَ، أو كان الميِّتُ مجبوبًا بقِيَ أُنثياهُ، أو مَسلولًا بقي ذكَرُه.

(**فَعِدَّتُهَا بِوَضْعِ**) جميع (**الْحَمْلِ**) حتَّى ثاني توءميْنِ بينَهما دونَ سـتَّةِ أشـهرٍ، وإلَّا فالثَّـاني حملٌ آخَرُ فلا أثَرَ لخروجِ بعْضِه متَّصلًا أو مُنفصلًا، بخلافِ ما لو كان علقةً، أو لم يُمكِنُ كونُه مِن الميِّتِ كأن كان صبيًّا لا ينزِلُ أو ممسـوحًا، أو وُلِدَ هو لدونِ ستَّةِ أشهرٍ مِن العَقدِ أو لفوقِ أربعِ سنينَ مِن آخرِ وقتٍ أمكَنَ فيه الاجتماعُ فلا أثَرَ له.

---

(١) زاد في (ك)، (هـ): «وهي مأخوذةٌ من العدِّ لاشتمالِها على عددٍ مِن الأقراءِ والأشهرِ غالبًا، وشُرِعَتْ صيانةً للأنسـابِ وتحصينًا لها من الاختـلاطِ رعايةً لحقِّ الزَّوجيْنِ والولـدِ والناكح الثَّاني، والمعنى فيها التَّعبُّدُ بدليلِ أنَّها لا تنقضي بعدَ واحدٍ مع حصولِ البَراءةِ».

(٢) زيادة من (ع).

نعَمْ لو كانت رَجعيَّة وادَّعت في الأخيرة على الوارث أنَّ الزَّوج جَدَّدَ فراشها برجعتها أو وطئها بشُبهةٍ وأنَّها[1] ولدته على الفراش المُجدَّد وأمكن ذلكَ؛ انقضت عدَّتُها بوضعه وإن لم يثبُت ما ادَّعته لعدم البيِّنة مع إنكار الوارث وحلفه على نفي العلم لوجود الاحتمال كالمنفي باللِّعان.

(**وَإِنْ كَانَتْ حائِلًا**) أو حاملًا حمْلًا لا يمكِنُ كونُه منه (**فَعِدَّتُهَا**) ولو غيرَ ذاتِ أقراءٍ ورجعيَّةً وغيرَ مدخولٍ بها (**أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ**) من الأيَّامِ بلياليها، لكن بعدَ وضْعِ الحملِ إن كانت حاملًا من شُبهةٍ؛ لأنَّ عدَّةَ الحمْلِ مقدَّمةٌ تقدَّمَتْ أو تأخَّرَتْ، فإن كانت حاملًا مِن زنًا انقضَتْ عدَّتُها بمُضِيِّ الأشهرِ مع وجودِه؛ لأنَّه لا حرمةَ له، ولهذا لو نكَحَ حاملًا من زنًا صحَّ نكاحُه قطعًا، وجازَ له الوَطءُ قبلَ الوضعِ على الأصحِّ، ولو زنَتْ في العدَّةِ وحمَلَتْ مِن الزِّنا لم تنقطِعِ العدَّةُ.

ولو جُهِلَ حالُ الحمْلِ حُمِلَ على أنَّه مِن زِنا كما نقَلَه الشَّيخانِ[2] عنِ الرُّويانِيِّ، وبه أفتى القَفَّالُ، وجزمَ به صاحبُ «الأنوارِ»[3]، وقال الإمامُ: يُحمَلُ على أنَّه مِن وطءِ شُبهةٍ تحسينًا للظَّنِّ، وبه جزَمَ صاحبُ «التَّعجيزِ».

قال شيخُ مشايخِنا[4]: وقد يجمعُ بينَهما بحمْلِ الأوَّلِ على أنَّه كالزِّنا في أنَّه لا تنقَضِي به العدَّةُ كما تقرَّرَ، والثَّاني على أنَّه من شُبهةٍ تجنُّبًا عن تحمُّلِ الإثمِ بقرينةِ آخِرِ كلامِ قائلِه.

ولو ظهَرَ في الأشهرِ أو بعدَها حمْلٌ مِن الزَّوجِ فعدَّتُها بوضْعِه، ولا اعتبارَ بما مَضَى ولو لم يظهَرْ، لكنَّها ارتابَتْ لثقلٍ أو حركةٍ، فإن كان قبلَ تمامِ الأشهرِ

---

(١) في (ع): «وإنما».
(٢) «الشرح الكبير» (٩/ ٤٤٦)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٣٧٥).
(٣) «الأنوار» (٣/ ٤١).
(٤) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٩٣).

لـم يحِلَّ نكاحُها بعدَ تمامِها حتَّى تزولَ الرِّيبةُ، فإن نكَحَتْ فالنِّكاحُ باطلٌ، كذا قاله الشَّيخانِ[١].

قال شـيخُ مشـايخِنا[٢]: والمُرادُ باطلٌ ظاهرًا، فلو بانَ عدمُ الحمْلِ فالقياسُ الصحَّـةُ[٣]، كما لو باعَ مـالَ أبيه ظانًّا حياتَه فبانَ موْتُه، كما نبَّهَ عليه الإِسْـنَوِيُّ. انْتَهى.

قلْـتُ: ويؤيِّـدُه ما ذكَرُوه في زوجـةِ المفقودِ مِن أنَّها لو تزوَّجَـتْ قبلَ ثُبوتِ موتِـه أو طلاقِه وبـانَ موتُ المفقودِ قبلَ تزوُّجِها بمقـدارِ العدَّةِ صحَّ[٤] التَّزوُّجُ لخلوِّهِ عنِ المانعِ في الواقعِ، فأشْبَهَ ما لو باعَ مالَ أبيه يظُنُّ حياتَه فبانَ ميِّتًا.

وفي المُطلَّقةِ إذا وُطِئَتْ في العدَّةِ بشـبهةٍ وأتَـتْ بوَلدٍ يُمكِنُ أن يكونَ مِن كلٍّ منهما وتعذَّرَ إلحاقُ القائفِ مِن أنَّه تنقَضِي عدَّةُ أحدِهما بوضعِه ثُمَّ تعتَدُّ للآخرِ بثلاثـةِ أقراءٍ، وأنَّها لـو كانت بائنًا فنكَحَها الزَّوجُ مرَّةً واحـدةً[٥] قبلَ الوَضعِ أو بعـدَه لم يُحكَمْ بصحَّتِه؛ لاحتمالِ كوْنِه في عدَّةِ الثَّاني، فإن بانَ بعدُ بالقائفِ أنَّها في عدَّتِه صحَّ كما صحَّتِ الرَّجعةُ اعتبارًا بما في نفْسِ الأمرِ.

---

(١) «الشرح الكبير» (٩/ ٤٤٩)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٣٧٧).

(٢) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٩٣).

(٣) فوقـه في (ع): «ضعيف». وكتب بالهامش بخط الإمـام الجوهري: «قوله: والقياس .. إلخ ضعيف، والفـرق أنَّ النـكاح كالعبـادة فيحتاط له ما لا يحتاط للبيع، وبينها وبين مسـألة المفقود أنَّ هنا سـببًا يحال عليه الشك وهو النفل مثلًا بخلاف المفقود، كذا يؤخذ من شرح (م ر)».

(٤) فوقه في (ع): «معتمد».

(٥) كتـب بهامـش (ع) بخط الإمام الجوهري: «قوله: مرة واحدة، خرج ما إذا نكحها قبل الوضع وبعده فإنـه صحيـح لمصادفته عدته البتة، وعبارة (م ر) في شـرحه ما نصه: ولو اشـتبه الحمل فلم يدر أمن الـزوج أم من الشـبهة جدد النكاح مرتين قبل وضع مرة وبعده أخرى ليصـادف التجديد عدته يقينًا، فـلا يكفـي تجديده مرة لاحتمال وقوعه في عدة غيره، فإن بـان بإلحاق القائف وقوعه في عدته كفى. انتهى بالحرف».

ولـو نكَحَها الواطئُ بشـبهةٍ قبلَ الوضْـعِ لم يصِحَّ، أو نكَحَهـا بعدَه في باقي عـدَّةِ الـزَّوجِ فكذلكَ[1]، لكـن لو بانَ هنـا بالقائفِ أنَّ الحمْلَ مِـن الزَّوجِ صحَّ اعتبارًا بما في نفْسِ الأمرِ، لا يقالُ: فرقٌ بينَ مسألةِ المُطلَّقةِ وما نحنُ فيه؛ لأنَّها حالـةُ النِّكاحِ يحتمِـلُ أن تكونَ في عدَّتِه؛ لأنَّا نقولُ: هذا الاحتمالُ لا يزيدُ على احتمالِ أنَّها غيرُ معتدَّةٍ بالكليَّةِ في مسألتِنا.

فـإنْ قلْتَ: تبيُّنُ الصِّحَّةِ في مسـألتِنا يخالِفُ عدمَ الصِّحَّـةِ فيما لو عقَدَ على خُنثى مُشكِلٍ وإن بانَ أُنثى، والجامعُ أنَّ الشَّكَّ في المَعقودِ عليه في كلٍّ منهما.

قلْتُ: يُفرَّقُ بأنَّ الخُنثى في نفسِه لا يُتصوَّرُ حلُّه ظاهرًا مُطلقًا، بخلافِ المرأة في نفْسِها.

وإن كان[2] بعدَ تمامِ الأشهرِ قال الشَّيخانِ[3]: فالأَوْلى ألَّا تنكِحَ، فإن نكَحَتْ صحَّ، لكن لو تحَقَّقْنا كونَها حاملًا وقْتَ النِّكاحِ بأن ولَدَتْ لدونِ ستَّةِ أشهرٍ مِن وقْـتِ النِّـكاحِ تبيَّنَّا بُطلانَ النِّكاحِ، بخلافِ ما لو ولدَتْ لسـتَّةِ أشـهرٍ فصاعدًا، فالولدُ للثَّاني، ونكاحُه مستمِرٌّ.

والعبرةُ في الأشـهرِ بالأهلَّـةِ ما أمكَنَ، فإن مـاتَ أوَّلَ الهلالِ فواضحٌ، أو في خلالِ شـهرٍ بقِيَ منه عشـرةُ أيَّامٍ أو أقلُّ ضَمَّتْ إلى ذلكَ أربعةَ أشـهرٍ بالأهلَّةِ، وأكمَلَتْ بقيَّةَ العشـرةِ ممَّا بعدَها، أو أكثَرَ مِن عَشرةِ أيَّامٍ ضمَّتْ إلى ذلكَ ثلاثةَ أشهرٍ بالأَهلَّةِ، وأكمَلَتْ عليه ممَّا بعدَها بقيَّةَ أربعين يومًا.

---

(١) كتب بهامش (ع) بخط الإمام الجوهري: «أي: ظاهرًا كما يستفاد مما بعده؛ فليتأمل».

(٢) كتب بهامش (ع) بخط الإمام الجوهري: «قسيم قوله فيما تقدم: فإن كان قبل تمام الأشهر إلخ».

(٣) «الشرح الكبير» (٩/ ٤٤٩)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٣٧٧).

(**وَغَيْرَ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا**) مِن حيثُ إنَّها غيرُ المُتوفَّى عنها، وهي:

* المَوطوءةُ بشُبهةٍ كنكاحٍ فاسدٍ، وإن تُوفِّيَ عنها الواطئُ؛ لأنَّ عدَّةَ الوفاةِ مُختصَّةٌ بالنِّكاحِ الصَّحيحِ،

* والمُفارقةُ في الحياةِ بطلاقٍ أو فسخٍ أوِ انفساخٍ بنحْوِ لعانٍ أو رضاعٍ، وقد وطِئَها الزَّوجُ، ولو مَجنونًا ومُكرهًا، وإن كان الوَطءُ في الدُّبُرِ، وكذا بذَكَرٍ أشَلَّ، خلافًا لِما أفْتَى به البغوِيُّ[1].

وكالوَطءِ استدخالُ المَنيِّ المُحترَمِ حالَ خروجِه ولو باعتبارِ الواقعِ فيما يظهَرُ كما لو خرَجَ بوطءِ زوجتِه ظانًّا أنَّها أجنبيَّةٌ فاستدخَلَتْه زوجةٌ أُخرى، أو أجنبيَّةٌ اعتبارًا بالواقعِ دونَ اعتقادِه، وإن عكَسْنا في العكسِ؛ لأنَّ ذلكَ هو الاحتياطُ فيها.

وهل خروجُه باستمناءٍ بيدِه كخروجِه بالزِّنا بجامعِ حُرمةِ كلٍّ منهما لذاتِه حتَّى لا تجِبَ العدَّةُ باستدخالِه ولا يلحَقُه الولَدُ المنعقِدُ منه؟

فيه نظرٌ، وضبَطَ المُتولِّي الوَطءَ المُوجِبَ للعدَّةِ بما لا يُحَدُّ به الواطئُ وإن حُدَّتْ به المَوطوءةُ، كما لو زَنَى مراهقٌ ببالغةٍ، أو مجنونٌ بعاقلةٍ، أو مُكرهٌ بطائعةٍ[2]، وقضيَّتُه لحوقُ الولدِ بالمُكرهِ، وهو ما أفْتَى به شيخُ مشايخِنا، قال: لأنَّه لمَّا جُعِلَ الإكراهُ عذرًا في إسقاطِ الحدِّ عنه صارَ ماؤُهُ مُحترَمًا كما ذكَرَه المُتولِّي، وما نقَلَه عنه بعضُ شرَّاحِ «المنهاجِ» «مِن أنَّه لا يلحَقُه» أخَذَه مِن عمومِ كلامٍ لا يدُلُّ عليه، وما نُقِلَ عنِ «الوسيطِ» أيضًا مِن «أنَّه لا يلحَقُه» سهوٌ؛ لأنَّ كلامَ «الوسيطِ» إنَّما هو فيما إذا أُكرِهَتْ الموطوءةُ لا الواطئُ. انْتَهى.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣٩٠).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٣٩٠).

لكـن خالَفَه أجَلُّ أصحابِه شـيخُنا الشَّـهابُ الرَّمليُّ، فأفتى بعـدم[1] لحوقِ الولدِ لعدمِ احـترامِ وطْئِه بدليلِ الإثمِ به؛ لأنَّ الإكراهَ لا يُبيحُه، وقضيَّتُه عدمُ[2] وجـوبِ العدَّةِ[3] أيضًا، ولا إشـكالَ على هذا في عدمِ اللُّحـوقِ وعدمِ وجوبِ العدَّةِ في مسألةِ الاستمناءِ كما لا يخْفَى.

(**إِنْ كَانَـتْ حامِـلًا**) حمْـلًا يُمكِنُ كونُه مـن ذي العـدَّةِ، وإن كان مَجبوبًا أو مَسـلولًا، أو كان الحمْلُ منفيًّا بلِعانِه، أو لحمًا بشـرطِه السَّابقِ (**فَعِدَّتُهَا بِوَضْعِ**) جميـعِ (**الْحَمْلِ**) حتَّى ثـاني توءميْنِ كما تقـدَّمَ، (**وَإِنْ كَانَتْ حَائِـلًا**) أو حاملًا حمْـلًا لا يُمكِنُ كونُه منه (**وَهِي مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ**) بأنْ حاضَتْ قبلَ الشُّـروعِ في العدَّةِ أو عندَه، وإنِ انقطَعَ دمُها لعلَّةٍ؛ كرضاعٍ، ومرضٍ، أو لغيرِ علَّةٍ (**فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ**) بضمَّتيْنِ جمْعُ قَرءٍ بفتحِ أوَّلِه أكثَرَ من ضمِّه، فيجِبُ عليها في صورةِ انقطـاعِ دمِهـا الصَّبْرُ إلى أن تحِيضَ، فتعتَدُّ بثلاثةِ قُروءٍ، أو تيأسُ فبثلاثةِ أشـهرٍ وإنْ طالَتْ مدَّةُ الصَّبْرِ.

وتعتَـدُّ المُسـتحاضةُ بقُروئِها المَردودةِ إليها، ويأتِي هنـا وفيما يأتِي ما تقدَّمَ فيما لو أتَتِ الرَّجعيَّةُ بولدٍ لفوقِ أربعِ سـنينَ وادَّعَتْ أنَّ الزَّوجَ جدَّدَ فراشَـها أو وطِئَهـا بشُـبهةٍ، وأنَّها ولدَتْه على فراشِـه وأمكَنَ ذلكَ، وفيما لـو ظهَرَ حمْلٌ أوِ ارتابَتْ في العدَّةِ أو بعدَها، وفيما لو كان هناكَ حمْلٌ مِن شُبهةٍ أو زنًا أو مجهولٍ.

(**وَهِـيَ**) أي: القُـروءُ (**الْأَطْهَارُ**) بينَ دمـاءِ الحَيضِ أو دمـاءِ النِّفاسِ أو دماءِ الحَيـضِ والنِّفاسِ، بأن يقَعَ كلٌّ منها بينَ دميْـنِ مِن ذلكَ، وذلكَ؛ لقولِه تعالى:

(١) فوقه في (ع): «معتمد». (٢) فوقه في (ع): «معتمد».

(٣) في هامـش (ع) بخط الإمام الجُوهري: «قيَّده (م ر) في شـرحه بمن يعتقـد تحريمه، وقضيته أن غيره يكون ماؤه محترمًا؛ فليتأمل».

﴿ وَٱلْمُطَلَّقَـٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَـٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[1] .

وقـد حمَـلَ الشَّـافعيُّ[2] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ القَـرءَ فيها على الأَطهـارِ؛ لقولِـه تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾[3]؛ أي: في زمنِهـا، وهـو وقْتُ الطُّهـرِ؛ لأنَّ الطَّلاقَ في الحَيضِ حرامٌ، لصحَّةِ النَّهيِ عنه، وفي «الصَّحيحيْنِ»[4] أنَّ ابنَ عمرَ طلَّقَ امرأتَه وهـي حائضٌ، فذكَرَ ذلكَ عمـرُ للنَّبيِّ ﷺ فقالَ: «**مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُمْسِـكْهَا حَتَّـى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ، فَإِنْ شَـاءَ أَمْسَـكَهَا، وَإِنْ شَـاءَ طَلَّقَهَـا قَبْلَ أَنْ يُجَامِـعَ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللهُ تَعَالَى أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَـاءُ**»، وهذا تصريحٌ أو كالتَّصريحِ منه ﷺ بتفسيرِ زمانِ العدَّةِ بزمانِ الطُّهرِ.

ومِـن لازمِ ذلـكَ ما ذهَـبَ إليه الشَّـافعيُّ[5] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِـن حمْلِ القَـرءِ على الأطهارِ، ومِن الاكتفاءِ ببعضِ الطُّهرِ الأوَّلِ؛ لأنَّه إذا كان مأمورًا بإيقاعِ الطَّلاقِ في زمـانِ الطُّهرِ، فلا جائـزَ ألَّا يكونَ تلكَ البقيَّةُ مِن الطُّهرِ غيرَ محسـوبةٍ للُزومِ تطويـلِ العدَّةِ، وهو المعنى الـذي لأجْلِه حرُمَ إيقاعُ الطَّلاقِ في الحَيضِ، فتعيَّنَ حسبانُها، وهو المطلوبُ.

وأمَّـا ما يلزَمُ علـى ذلكَ مِن إطلاقِ الثَّلاثةِ القُروءِ علـى قَرءيْنِ وبعضِ قَرءٍ، فلا محذورَ فيه كما في قولِه تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَـٰتٌ ﴾[6] مع أنَّها شهرانِ وبعضُ شـهرٍ، غايةُ مـا في البابِ أنَّه مجـازٌ، والحمْلُ على المَجـازِ متعيَّنٌ عندَ القَرينـةِ، وهـي هنا أنَّ المنـعَ مِن الطَّـلاقِ في الحَيضِ إنَّما هو للُـزومِ التَّطويلِ، والتَّطويلُ لازمٌ لو لم يُعتبَرِ البقيَّةُ.

---

(١) سورة البقرة: ٢٢٨.
(٢) «الأم» (٦/ ٥٢٩).
(٣) سورة الطلاق: ١.
(٤) «صحيح البخاري» (٥٢٥١)، صحيح مسلم (١٤٧١).
(٥) «الأم» (٦/ ٥٢٩).
(٦) سورة البقرة: ١٩٧.

وبما تقرَّرَ يظهَرُ سـقوطُ ما اعترِضَ به على الشَّافعيِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِن أنَّ الحمْلَ علـى الطُّهرِ يبطِلُ موجبَ الخاصِّ، وهو لفْظُ الثَّلاثةِ؛ لأنَّه لو كان المُرادُ الطُّهرَ والطَّلاقُ المشـروعُ هـو الذي يكونُ في حالةِ الطُّهرِ، فالطُّهـر الذي طلَّق فيه إن لـم يحسَـبْ مِن العدَّةِ يجِبُ ثلاثةُ أطهارٍ وبعضٌ، وإن احتُسـبَ كما هو مذهبُ الشَّافعيِّ يجِبُ طهرانِ وبعضٌ، فإن جُعِلَ بعضُ الطُّهرِ طهرًا بناءً على أنَّ الطُّهرَ أدْنَى ما ينطلِقُ عليه لفْظُ الطُّهرِ وهو طهرُ ساعةٍ مثلًا، لا ما تخلَّلَ بينَ الدَّميْنِ.

رُدَّ بأنَّـه لو كان كذلـكَ لم يكُنْ بينَ الأوَّلِ والثَّالثِ فـرْقٌ، فيلزَمُ أن يكفِيَ في الثَّالـثِ بعـضُ الطُّهرِ، وأنَّـه إذا مَضَى مِن الثَّالثِ شـيءٌ حلَّ لهـا التَّزوُّجُ، وهو خلافُ الإجماعِ، ووجْهُ ظهورِ سقوطِه أنَّه مُجرَّدُ مشاغبةٍ عقليَّةٍ دلَّ دليلُ الشَّرعِ على خلافِها، فلا اعتبارَ بها على أنَّ الفرْقَ بينَ الأوَّلِ والثَّالثِ في غايةِ الحُسـنِ واللُّطـفِ، وذلك لأنَّ الاعتدادَ بالأطهـارِ إنَّما هو لدلالتِها علـى براءةِ الرَّحمِ، لكِنْ دلالتُها على ذلكَ إنَّما هو باعتبارِ تمامِها؛ لأنَّ وجْهَ الدَّلالةِ على البَراءةِ أنَّ الغالِـبَ أنَّ مَن حبِلَتْ في الطُّهـرِ لا تحيضُ، فتمامُ الطُّهرِ بالانتقالِ إلى الحَيضِ يـدُلُّ على عدمِ الحبَلِ، بخلافِ من حبِلَـتْ في الحَيضِ؛ إذ ليس الغالِبُ أنَّها لا تطهُرُ، كيفَ والطُّهرُ هو الأغلبُ في حقِّ الحاملِ، والحبَلُ يُنافِي الحَيضَ غالبًا، فمُجـرَّدُ الطُّهـرِ لا يدُلُّ على البَـراءةِ بخلافِ تمامِه، وحينئذٍ فلمَّـا تحقَّقَ التَّمامُ الـذي هو منشَـأُ الدَّلالةِ كما رأيْتَ في بقيَّـةِ الأوَّلِ اكتُفِيَ بهـا، ولمَّا لم يوجَدْ في بعـضِ الثَّالثِ لم يُكتَفَ به، وتوقَّفَ الانقضاءُ على تمامِه، فلهذه النُّكتةِ الدَّقيقةِ اللَّطيفـةِ الَّتي خفِيَتْ علـى المُعترِضِ نظَرَ عالمُ قريشٍ إلـى المعْنَى، وفرَّقَ بينَ الأوَّلِ والثَّالـثِ، فللَّـهِ درُّهُ ما أغوَصَه على دقائقِ الشَّـرعِ، ومـا أعرَفَه بمقاصدِ كلامِ اللهِ تعالى!

فعُلِـمَ أنَّ مَن طَلُقَتْ طاهـرًا وقد بقِيَ مِن زمنِ طُهْرِها شـيءٌ انقضَتْ عدَّتُها بالطَّعنِ في حيضةٍ ثالثةٍ، بخلافِ من طَلُقَتْ حائضًا، أو قال لها: «أنتِ طالقٌ مع آخِـرِ طُهركِ» فتنقَضِي عدَّتُها بالطَّعنِ في حيضـةٍ رابعةٍ، وبخلافِ مَن لم تحِضْ ولم تنفَسْ إذا طَلُقَتْ ثُمَّ حاضَتْ أو نفِسَـتْ في أثناءِ العدَّةِ بالأشـهرِ فلا يحسَبُ زمنُ الطَّلاقِ قَرءًا؛ إذْ لم يقَعْ بينَ دميْنِ.

(وَإِنْ كَانَـتْ) لا مِـن ذواتِ الحَيـضِ بـأنْ كانـت **(صَغِيـرَةً، أَوْ آيِسَـةً)** مِن الحَيضِ بأن بلَغَتْ سـنَّ اليأسِ منه، وهو اثنانِ وستُّون سنةً على الأصحِّ، أو لم تحِـضْ أصلًا وإن ولَدَتْ ورأَتْ نِفاسًـا ولا يجعَلُها النِّفـاسُ مِن ذواتِ الأَقراءِ كمـا نقَلَ ذلكَ الرَّافِعِـيُّ[1] في آخِرِ العددِ عن «فتاوي البغوِيِّ»، ومَشَـى عليه في «الرَّوضـةِ»[2][3] هنـا حيثُ حَكَى نقْلَ الرَّافِعِيِّ ثُمَّ قـال: فجزَمَ البغوِيُّ بهذا ولم يذكُرِ الرَّافِعِيُّ هناكَ خلافَه. انْتَهى.

وهو قد يخالِفُ قوْلَنا السَّابقَ عندَ قولِ المُصنِّفِ: «وهي الأطهارُ» تبعًا لشيخِ مشايخِنا[4] أو دماءُ النِّفاسِ، ويوجِبُ تصويرَ قوْلِنا هناك تبعًا له ولغيرِه أيضًا، أو دماءُ الحَيضِ والنِّفاسِ بما إذا تقدَّمَ دمُ الحَيضِ، فليُتأَمَّلْ.

---

(١) «الشرح الكبير» (٩/ ٥٢٢).

(٢) «روضة الطالبين» (٨/ ٣٧٠).

(٣) في هامـش (ع) بخـط الإمـام الجوهري: «عبارته فيها: ولو ولدت ولـم تر حيضًا قط ولا نفاسًـا فهل تعتد بالأشـهر، أم هي كمن انقطع حيضها بلا سـبب؟ وجهان، وبالأول قال الشـيخ أبو حامد. ومن زيادتـه: الصحيح الاعتداد بالأشـهر، لدخولها في قول الله تعالـى: ﴿وَٱلَّٰتِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ وذكر الرافعي في آخر العدد عن فتاوي البغوي: أن التي لم تحض قط، إذا ولدت ونفسـت، تعتد بثلاثة أشـهر، ولا يجعلهـا النفاس من ذوات الأقراء، فجزم البغوي بهـذا، ولم يذكر الرافعي خلافه. انتهى، وبه يتضح ما قاله الشارح؛ فليتأمل».

(٤) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٩٠).

أو كانتَ متحيَّرةً (**فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ**) هلاليَّةٍ، فإن فُورِقَتْ في أثناءِ شهرٍ فبعدَه هلالانِ، ويُكمَّلُ المُنكسرُ مِن الرَّابعِ ثلاثين يومًا، نعَمْ إن كان الباقي في المُتحيِّرةِ أكثَرَ مِن خمسةَ عشَرَ يومًا حُسِبَ ذلكَ قَرءًا؛ لاشتمالِه على طُهرٍ لا مَحالةَ واعتدَّتْ بعدَه بشهريْنِ هلاليينِ، والمُراد بالأكثرِ يومٌ فأكثَرُ كما نبَّه عليه بعضُ مشايخِنا وهو ظاهرٌ؛ إذ لو كفَى ما دونَه لجازَ أن يقَعَ الطَّلاقُ مُطابقًا لأوَّلِ الحَيضِ، وأقلُّه يومٌ وليلةٌ، فلا يكونُ الباقي بعدَه قدرَ أقلِّ الطُّهرِ أو خمسةَ عشَرَ يومًا فما دونَها.

فالأصحُّ أنَّه لا يُحسَبُ ولا اعتبارَ به، بل تعتَدُّ بعدَه بثلاثةِ أشهرٍ هلاليَّةٍ، ولو حصَلَ اليأسُ في أثناءِ الأَقراءِ اعتدَّتْ بثلاثةِ أشهرٍ ولا يُحسَبُ ما مَضَى شهرًا كما جزَمَ به في «الرَّوضِ» وغيرِه، واعترَضَه شيخُ مشايخِنا[1] بأنَّ المنقولَ خلافُه كما ذكَرَه الشَّيخانِ[2] بعدَ ذلكَ، ونُوزِعَ بأنَّ ما ذكَراه بعدُ في الوطءِ[3] الشُّبهةِ، وما هنا في النِّكاحِ الصَّحيحِ، والفرْقُ ممكِنٌ، فإنَّ النِّكاحَ الصَّحيحَ يُحتاطُ له ما لا يُحتاطُ لغيرِه، فليُتأمَّلْ.

ولو حاضَتْ إحدى المذكوراتِ في الأشهرِ، وجَبَ عليها الرُّجوعُ إلى الاعتدادِ بثلاثةِ قُروءٍ، أو بعدَ تمامِ الأشهرِ فلا أثَرَ له في حقِّ غيرِ الآيسةِ، وكذا في حقِّها إن نكحَتْ، وإلَّا وجَبَ الرُّجوعُ إلى الأقراءِ.

(**وَالمُطَلَّقَةُ**) وفي معناها مَنِ انفسَخَ نكاحُها بفسخٍ أو غيرِه (**قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا**) أي: وطئَها ولو في الدُّبُرِ وقبلَ دخولِ منيِّهِ المُحترَمِ ولو بعدَ الخلْوةِ بها (**لا عِدَّةَ عَلَيْهَا**)؛ لقولِه تعالى: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ

(١) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٩٢).

(٢) «الشرح الكبير» (٩/ ٥٢٢)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٤٢٥).

(٣) في (هـ)، (ك): «أقراء وطء».

عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[1]، ودخولُ المَنيِّ كالوَطءِ بل أَوْلى؛ لأنَّه أقرَبُ إلى العُلوقِ مِن مُجرَّدِ الوَطءِ.

(**وَعِدَّةُ الْأَمَةِ**) بأقسامِها، ومثْلُها المُبعَّضةُ أي: اعتدادُها عن فراقٍ أو وفاةٍ أو غيرِهما (**بِالحَمْلِ كَعِدَّةِ الْحُرَّةِ**) أي: اعتدادُها به عن ذلكَ فيحصُلُ بوضْعِه بشروطِه السَّابقةِ، (**وَ**) عدَّتُها أي: اعتدادُها (**بِالْأَقْرَاءِ**) بأن فُورِقَتْ أو وُطِئتْ بشُبهةٍ في الحياةِ، وهي مِن ذواتِ الحَيضِ ولا حمْلَ بها لذي العدَّةِ (**أَنْ تَعْتَدَّ بِقَرْءَيْنِ**)؛ لأنَّها على النِّصفِ مِن الحُرَّةِ في كثيرٍ من الأحكامِ، وإنَّما كمَّلَتِ القَرءَ الثَّاني لتعذُّرِ تبعيضِه كالطَّلاقِ، إذ لا يظهَرُ نصْفُه إلَّا بظهورِ كلِّه.

واعتُرِضَ بأنَّه يُمكِنُ تبعُّضُه بأن يُجعَلَ ظهورُ كلِّه مبيِّنًا لظهورِ نصْفِه لا مِن العدَّةِ، ويُجابُ بأنَّ النِّصفَ لمَّا لم ينضبِطْ لكثرةِ تفاوتِه بالاختلافِ زيادةً ونقصانًا، وكان قد يقَعُ الخلَلُ في معرفتِه، كان اعتبارُه مظنَّةَ الخطأِ، فلم يُعتبَرْ، بل اعتُبِرَ الأمرُ الظَّاهرُ المُنضبطُ، وهو التَّمامُ.

(**وَ**) اعتدادُها (**بِالشُّهُورِ عَنِ الوَفَاةِ**) للزَّوجِ بأن كانت غيرَ حاملٍ منه وإن كانت من ذواتِ الحَيضِ (**أَنْ تَعْتَدَّ بِشَهْرَيْنِ وَخَمْسِ لَيَالٍ**) بأيَّامِها (**وَ**) اعتدادُها بالشُّهورِ (**عَنِ الطَّلَاقِ**) ونحوِه بأن لم تكُنْ حاملًا مِن ذي العدَّةِ ولا مِن ذواتِ الحَيضِ؛ كصغيرةٍ وآيسةٍ ومن لم تحِضْ أصلًا أنْ تَعتَدَّ (**بِشَهْرٍ وَنِصْفٍ**) ولو متحيِّرةً على ما صرَّحَ به البارزيُّ، لكن قال البُلقِينيُّ: هذا قد يتخرَّجُ على أنَّ الأشهرَ أصلٌ في حقِّها، وليسَ بالمُعتمدِ، فالفَتْوى على أنَّها إذا طُلِّقَتْ في أوَّلِ الشَّهرِ فلا بدَّ مِن شهرَيْنِ أو وقد بقِيَ أكثَرُه اعتدَّتْ بباقِيه مع الثَّاني أو دونَ الأكثرِ لم يُحسَبْ، فتعتَدُّ بشهرَيْنِ بعدَ هذه البقيَّةِ. انْتَهى.

---

(١) سورة الأحزاب: ٤٩.

وقولُـه في بعضِ النُّسـخِ: (**فَإِنِ اعْتَـدَّتْ**) عنِ الطَّلاقِ ونحْوِه (**بِشَـهْرَيْنِ كَانَ أَوْلَـى**) لـم أرَهُ لغيرِه، فـإِنْ وُجِّهَ بمُراعاةِ القـولِ بأنَّ عدَّتَها شـهرانِ فاتَه مراعاةُ القـولِ الآخَـرِ بأنَّها ثلاثـةُ أقراءٍ، ولو صارَت حُـرَّةً في العِدَّةِ لـم يختلِفِ الحالُ إن كانـت عدَّةَ بينونةٍ، فإن كانت عدَّةَ رجعيَّةٍ أتمَّتْ عـدَّةَ حُرَّةٍ؛ لأنَّها كالزَّوجةِ، ولهذا لو ماتَ عنها انتقَلَتْ إلى عدَّةِ الوفاةِ، أو صارَتْ أمةً فيها بأنْ كانت كتابيَّةً والتحقَتْ بدارِ الحَربِ واسترِقَّتْ فوجهانِ في «التَّتمَّةِ»:

أحدُهما، قال شيخُ مشايخِنا وهو الأوجَهُ: تكمِّلُ عدَّةَ حرَّةٍ[١].

وثانيهُما وبه قال ابنُ الحدَّادِ: ترجِعُ إلى عدَّةِ الأمةِ.

والعِبْـرةُ في كوْنِها حرَّةً أو أمةً بظنِّ الواطـئِ إن اقتَضَى تغليظًا، وإلَّا فبالواقعِ علـى الأوجَـهِ، فلو وطِئَ أمةَ غيرِه بظـنِّ زوجتِه الحُرَّةِ اعتَـدَّتْ بثلاثةِ أقراءٍ، أو حرَّةً يظنُّها أمتَه أو زوجتَه الأمةَ فكذلكَ، كما جزَمَ به في «الرَّوضِ»[٢] في الأُولى ومثْلُها الثَّانيةُ، وجَعْلُ الشَّيخيْنِ الأشبَهَ خلافَ ذلكَ.

قال شـيخُ مشـايخِنا: أي: من حيثُ القياسُ. ولو وطِئَ أمـةَ غيرِه يظنُّها أمتَه اعتدَّتْ بقرءٍ واحدٍ[٣].

فرعٌ: لوِ ادَّعَتْ المُعتدَّةُ الَّتي ماتَ زوْجُها انقضاءَ عدَّتِها في حياتِه لم تسـقُطْ عنهـا العدَّةُ ولم تـرِثْ، لكن قيَّدَه القَفَّالُ بالرَّجعيَّةِ، فأخَذَ منه الأذْرَعِيُّ سـقوطَ عـدَّةِ البائـنِ، ولوِ ادَّعَتْ أنَّ الطَّلاقَ رجعِيٌّ لتَرِثَ وقـد جهِلَ أنَّه رجعِيٌّ أو بائنٌ صُدِّقَتْ كما بحَثَه الأذْرَعِيُّ؛ لأنَّ الأصْلَ بقاءُ أحكام الزَّوجيَّةِ وعدمُ الإبانةِ.

---

(١) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٩١).
(٢) «روض الطالب» (٢/ ٤١٥).
(٣) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٩١).

(فَصْلٌ)
في الاستبراء

وهو التَّربُّصُ بالرَّقيقةِ مدَّةً لمَعرفةِ براءةِ رحِمِها لنحْوِ حدوثِ ملْكِها أو زوالِه.

(وَمَنِ اسْتَحْدَثَ) أي: أحدَثَ لنفسِه ولو بنائبِه (مِلْكَ أَمَةٍ) ليسَتْ زوجتَه بوجهٍ ما؛ كشراءٍ وإرثٍ واتِّهابٍ وسبْيٍ، وردٍّ بعيبٍ أو بخيارٍ حيثُ حُكِمَ بزوالِ ملْكِه، وتحالفٍ وتقايلٍ، وقبولِ وصيَّةٍ.

(حَرُمَ عَلَيْهِ الِاسْتِمْتَاعُ بِهَا) بوطءٍ وغيرِه؛ كلمسٍ، وتقبيلٍ، ونظرٍ بشهوةٍ، وإن كانت حاملًا مِن زنًا خلافًا للماورديِّ[1]، أو بكرًا أو صغيرةً أو آيسةً أو معتدَّةً منه ولو مِن طلاقٍ رجعيٍّ، أو مُعتدَّةً مِن غيرِه لفرقةٍ أو وطءِ شُبهةٍ وقدِ انقضَتْ عدَّتُها أو مزوجةً من غيرِه وقد طُلِّقَتْ قبلَ الدُّخولِ بها أو بعدَه وانقَضَتْ عدَّتُها أو منتقلةً عمَّنِ استبرَأَها أو عن صبيٍّ أوِ امرأةٍ.

(حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا) بما يأتِي، ولو قبلَ قبْضِها في غيرِ الاتِّهابِ، ولو قبلَ زوالِ الإحرامِ والصَّومِ والاعتكافِ فيما لوِ اشترَى مُحرِمةً أو صائمةً أو معتكفةً واجبٍ[2] بإذنِ سيِّدِها كما اقْتَضاه كلامُ العِراقيِّين، أو قبلَ انفكاكِ الرَّهنِ في المَرهونةِ، وزوالِ الحَجْرِ في أمةِ مُشترٍ حُجِرَ عليه بفَلسٍ، لكِنْ بعدَ سقوطِ الدَّين في أمةٍ اشتراها عبدٌ مأذونٌ وعليه دَينٌ، وبعدَ إطاقةِ الوَطءِ في صَغيرةٍ لا تحتمِلُ الوَطءَ على ما قاله الجُرجانيُّ، لكن استبعدَه الزَّرْكَشِيُّ، وبعدَ الإسلامِ والطَّلاقِ والاعتدادِ فيما لو ملَكَ مَن لا تحِلُّ كمجوسيَّةٍ ومُرتدَّةٍ أو مُزوَّجةٍ مدخولًا بها

---

(١) «الحاوي الكبير» (١١/ ٣٤٧).

(٢) في (ع)، حاشية (هـ) وفوقه نخ: «واجبًا».

أو لا، أو موطوءةٍ عن شُبهةٍ، فلا يكْفِي وجودُ صورةِ الاستبراءِ قبلَ ما ذُكِرَ؛ لأنَّه لا يستعقِبُ حلَّ التَّمتُّعِ الذي هو القصدُ في الاستبراءِ، وقد يُؤخذُ منه أنَّه لو وقَعَ وطءُ الشُّبهةِ في أثناءِ الاستبراءِ قطعَه وقُدِّمَتْ عدَّتُه.

نعَمْ، يجوزُ الاستمتاعُ بغيرِ الوَطءِ بالمَسبيَّةِ على ما صحَّحَه الشَّيخانِ[1]، ومثْلُها المُشتَراةُ مِن حربيٍّ كما قاله صاحِبُ «الاستقصاءِ» وتبِعَه الأَذْرَعِيُّ[2] وغيرُه، ومحلُّ التَّحريمِ فيما لو كانت غيرَ موطوءةٍ كأن ملكَها مِن نحوِ امرأةٍ، أوِ استبْرَأَها مِنِ انتقَلَتْ إليه منه، أو كانت موطوءةً بزنًا إذا لم يعتِقْها، فإنْ أعتَقَها جازَ له تزوُّجُها قبلَ الاستبراءِ.

وخرَجَ بالاستمتاعِ الخَلْوةُ بها، فلا تحرُمُ كما صرَّحَ به الجُرجانِيُّ في «الشَّافي» ودلَّ عليه قولُ غيرِه: لا يُحالُ بينَه وبينَها.

أمَّا لو استحدَثَ ملْكَ زوجتِه فله الاستمتاعُ بها بوَطءٍ وغيرِه مِن غيرِ استبراءٍ، لكنه يُندَبُ، نعَمْ إنِ اشتراها بشرطِ الخيارِ فالمنصوصُ أنَّه لا يجوزُ له وطْؤُها (في زمن الخيار، وهذا في الحُرِّ، أمَّا المكاتبُ فإذا اشترى زوجتَه انفسخ نكاحُها كما حكاه المَاوَرْدِيُّ، وليس له وطؤها)[3] وإن أذِنَ له سيِّدُه على ما يأتِي في الكتابةِ.

ودخلَ في استحداثِ ملْكِ الأمةِ ما لو أقرَضَ أمةً ممَّن لا تحِلُّ له ثُمَّ ردَّها إليه ولو قبلَ التَّصرُّفِ فيها، فيجِبُ استبراؤُها لاستحداثِ ملْكِها، إذِ المُقرِضُ يملِكُ بالقبضِ، بخلافِ ما لو رُدَّتْ عليه أمةٌ دفعَها عن دَينِ السلمِ لوجودِها بغيرِ الصِّفةِ المشروطةِ لعدمِ زوالِ ملْكِه عنها على الأصحِّ.

---

(١) «الشرح الكبير» (٩/ ٥٢٧)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٤٢٧).

(٢) «قوت المحتاج» (٧/ ٣٠٩ -٣١٠).

(٣) زيادة من (ع).

وكاستحداثِ الملْكِ -أي: ملْك الرَّقبةِ كما هو المتبادَرُ- استحداثُ ملْكِ الاستمتاعِ بنحْوِ زوالِ الكتابةِ الصَّحيحةِ عن أمةٍ كاتَبَها بفَسخٍ أو تعجيزٍ، وزوالُ الرِّدَّةِ عنِ الأمةِ أو سيِّدِها، وطلاقُ أمتِه المُزوَّجةِ قبلَ الدُّخولِ أو بعدَه مع انقضاءِ عدَّتِها، فإنَّه يحرُمُ الاستمتاعُ بها قبلَ الاستبراءِ لحدوثِ حلِّ الاستمتاعِ بعدَ زوالِه بالكتابةِ والرِّدَّةِ والتَّزويجِ.

وقولُه: «حتَّى يَسْتَبْرِئَهَا» صادقٌ مع تعدُّدِ الاستبراءِ، فإنَّه لو ملَكَها من شريكيْنِ وطِئَاها في حَيضٍ أو طُهرٍ وجَبَ استبراءانِ كالعدَّتيْنِ مِن شخصيْنِ، فإن لم يطَأْها أو ملَكَها من نحْوِ نساءٍ أو صبيانٍ فهل يتعدَّد الاستبراءُ أو يكْفِي واحدٌ؟ فيه نظرٌ.

وخرَجَ بتخصيصِ الحُرمةِ به في قولِه «وحرُمَ عليه»: غيْرُه، فيحِلُّ تزويجُها منه، ثُمَّ استمتاعُه بها بلا استبراءٍ فيما لو كان هو واطِؤُها، أو كانت معتدَّةً لغيْرِه فانقَضَتْ عدَّتُها، أو مُزوَّجةً وطُلِّقَتْ مُطْلَقًا مع انقضاءِ عدَّتِها إن كانت مدخولًا بها، أو مُستبْرأةً مِن البائعِ، أو غيرَ موطوءةٍ، أو موطوءةً بزنًا، أو مملوكةً مِن نحْوِ صبيٍّ أوِ امرأةٍ.

والاستبراءُ (**إِنْ كَانَتْ**) أي: الأمةُ (**مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ**) ولو مستحاضةً أوِ انقطَعَ دمُها لعلَّةٍ أو غيرِها، لا حمْلَ بها يحصُلُ[1] (**بِحَيْضَةٍ**) أي: بمُضِيِّ حيضةٍ كاملةٍ[2]،

---

(١) جاءت في (ع) من المتن.

(٢) زاد في (هـ)، (ك): «فلا يكْفِي بقيَّةُ الحَيضةِ، وإنَّما لم يُكتَفَ ببقيَّةِ الحَيضةِ كما اكتُفِيَ ببقيَّةِ الطُّهرِ في العدَّةِ؛ لأنَّ بقيَّةَ الطُّهرِ يستعقِبُ الحَيضةَ الدَّالَّةَ على البَراءةِ، وهذا يستعقِبُ الطُّهرَ، ولا دلالةَ على البَراءةِ، وإنَّما كان المُعتبرُ في الاستبراءِ الحَيضَ دونَ الطُّهرِ عكس العدَّة؛ لأنَّه يتكرَّرُ فيعرف بتخلُّلِ الحَيضِ براءة الرَّحمِ ولا تكرُّرَ في الاستبراءِ، فاعتُبِرَ الحَيضُ دونَ الطُّهرِ».

وإنِ استمتَعَ بها[1] ولو بوطءٍ قبلَ الحَيضةِ أو في أثنائِها وإن أثِمَ بذلكَ؛ لقيامِ الملْكِ بخلافِ العدَّة، فإن حبِلَتْ مِن الوَطءِ قبلَ الحَيضةِ توقَّفَ الحِلُّ على الوضْعِ، أو في أثنائِها فكذلكَ إن لم يمْضِ قبلَ وطئِه أقلُّ الحَيضِ كما قاله الإمامُ، فإن مَضَى قبلَه ذلكَ حلَّتْ بانقطاعِه لتمامِه[2].

وخرَّج بالتَّقييدِ بالكاملةِ: ما لو وُجِدَ سببُ الاستبراءِ في أثنائِها؛ فإنَّه لا يكْفِي فيه بقيَّتها، بل لابدَّ أن تطهُرَ ثُمَّ تحيضَ ثُمَّ تطهُرَ.

(**وَإِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الشُّهُورِ**) وهي مَن لم تحِضْ لصِغرٍ أو إياسٍ أو غيرِهما ولا حمْلَ بها يحصُلُ (**بشهرٍ**) هلاليٍّ إنِ انطبَقَ[3] سببُ الاستبراءِ على أوَّلِ الشَّهرِ، وإلَّا فبثلاثين يومًا أخذًا ممَّا سبَقَ في المُعتدَّةِ، وقضيَّةُ ذلكَ أنَّ المُتحيِّرةَ لا تستبْرِئُ بشهرٍ، وبه قال البُلقِينيُّ فقال: لا يحصُلُ استبراؤُها إلَّا بخمسةٍ وأربعين يومًا. انْتَهى. لكن قياسُ اعتدادِها بثلاثةِ أشهرٍ حصولُ استبرائِها بشهرٍ.

(**وَإِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الحَمْلِ**) بأن ملَكَها بسبيٍ حاملًا أو بغيرِه، حاملًا مِن زنًا أو حمَلَتْ منه بعدَ الملْكِ كما قاله الزَّرْكَشِيُّ، أو مِن وطْئِه قبلَ الحَيضةِ، أو في أثنائِها قبلَ مُضِيِّ يومٍ وليلةٍ كما تقدَّمَ، أو في أثناءِ الشَّهرِ في ذاتِ الشُّهورِ فيما يظهَرُ أخذًا من هذا، بخلافِ ما لو ملَكَها بغيرِ السَّبيِ، وكانَتْ حاملًا مِن زوجٍ وهي في نكاحِه أو عدَّتِه أو مِن وطءِ شُبهةٍ؛ لِما تقدَّمَ مِن أنَّه إنَّما تعتَدُّ باستبرائِها فيما ذُكِرَ بعد الطَّلاقِ.

وانقضاءُ العدَّةِ يحصُلُ (**بِالْوَضْعِ**) لجميعِ الحمْلِ، نعَمْ إن مضَتْ حيضةٌ أو شهرٌ مع حمْلِ الزِّنا كَفَى، كما جزَمَ به في «الرَّوضِ»[4] في الأُولى وبحَثَه

(١) سقطت في (ج).
(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٤١٢).
(٣) في (ج): «أطبق».
(٤) «روض الطالب» (٢/ ٤١٧).

الأَذْرَعِيُّ[1] وغيرُه في الثَّانيةِ أخذًا مِن الاكتفاءِ في العدَّةِ بمُضِيِّ الأشهرِ مع حمْلِ الزِّنا.

(وَ) كما يجِبُ الاستبْراءُ باستحداثِ الملْكِ ونحْوِه كما تقرَّرَ يجِبُ بزوالِ الفِراشِ عنِ المَوطوءةِ بملْكِ اليَمينِ، كما (**إِذَا مَاتَ سَيِّدُ أُمِّ الْوَلَدِ**) أوِ المُدبَّرةِ عنها، أو أعتَقَها أو أعتَقَ موطوءةً أُخرى، فإنَّه إذا ماتَ عن إحداهما أو أعتَقَ إحداهُنَّ وليسَتْ مزوَّجةً ولا معتدَّةً (**اسْتَبْرَأَتْ نَفْسَهَا**) بما تقدَّمَ.

وفي بعضِ النُّسخِ (**بِشَهْرٍ كَالْأَمَةِ**) أي: إن كانت من ذواتِ الشُّهورِ لتحِلَّ لغيرِه، وإن وقَعَ المَوتُ أوِ العِتقُ بعدَ استبرائِها في مسألةِ أمِّ الولدِ بخلافِ الأخريَيْنِ فلهما التَّزوُّجُ بغيرِه عقِبَ المَوتِ أوِ العِتقِ المسبوقِ بالاستبراءِ، بخلافِ أمِّ الولدِ، والفرْقُ أنَّها لقوَّةِ فراشِها أشبَهَتِ الزَّوجةَ، فلم يُعتَدَّ بالاستبراءِ الواقعِ قبلَ زوالِ فراشِها كما لا يُعتَدَّ بمُضِيِّ أمثالِ قدرِ العدَّةِ قبلَ زوالِ النِّكاحِ بخلافِهما.

(ولهذا لو أتَتْ بعدَ استبرائِها بولدٍ لستَّةِ أشهرٍ فصاعدًا منه لحِقَ السَّيِّدَ)[2] بخلافِهما، فخرَجَ ما لو وقَعَ العِتقُ أوِ المَوتُ وهي مزوَّجة أو في عدَّةِ زوجٍ فلا استبراءَ عليها؛ أي: بالنِّسبةِ للتَّزويجِ، بخلافِه لحِلِّ الوارثِ في صورةِ المَوتِ في غيرِ المُستولدَةِ كما هو ظاهرٌ، إذ ليسَتْ فراشًا له بل للزَّوجِ، ولأنَّ الاستبراءَ لحلِّ الاستمتاعِ وهي مشغولةٌ بحقِّ الزَّوجِ، بخلافِ ما لو وقعا في عدَّةِ شُبهةٍ فعليهما الاستبراءُ لضعْفِ عدَّةِ الشُّبهةِ عن دفْعِ الاستبراءِ الذي هو مُقتضى المَوتِ والعِتقِ، ولأنَّها لم تصِرْ بذلك فراشًا لغيرِ السَّيِّدِ.

---

(١) «قوت المحتاج» (٧/ ٣١٦).

(٢) ليس في (ع).

وما لـو وقعا بعدَ انقضاءِ عدَّةِ الزَّوجِ ولو قبلَ مُضِيِّ لحظةٍ، أو أرادَ تزويجَها حينئذٍ بدونِ إعتاقٍ، فيجِبُ اسـتبراءُ المُستولدَةِ فقَطْ لعودِها فراشًا للسَّيِّدِ بفرقةِ الزَّوجِ بخلافِ غيرِها.

وما لو ماتَ عنِ المَوطوءةِ الأُخرى، فيجِبُ اسـتبراؤُها لاسـتحداثِ ملْكِها بـالإرثِ كمـا عُلِمَ ممَّا تقـدَّمَ، أمَّا حِلُّها لـه في صورةِ الإعتاقِ فـلا يتوقَّفُ على اسـتبراءٍ، ولـوِ انقَضَتْ عدَّةُ أمتِه من زوجٍ أي: أو شُـبهةٍ، كما هـو ظاهرٌ، وأرادَ وطْئَها استبرأَها، إلَّا أن تكونَ مستولدةً؛ لعَودِ المُستولدةِ فراشًا، بخلافِ غيرِها.

أو وطِئَها في عدَّةِ وفاةِ زوجِها أو طلاقِه ثُمَّ انقَضَتْ عدَّتُها حلَّتْ له إن كانت مستولدَةً بخلافِ غيرِها؛ لِما ذُكِرَ، ولا تحِلُّ لغيرِه حتَّى تحيضَ بعدَ حيضِ العدَّةِ؛ لأنَّهما واجبانِ لشَـخصيْنِ فلا يتداخلانِ، ولا يحسَـبُ زمانُ افتراشِ السَّيِّدِ من العدَّةِ، فلو ظهَرَ بها حمْلٌ فإنْ ولدَتْه للإمكانِ مِن كلٍّ منهما عُرِضَ على القائفِ، فإن ألحَقَه بالزَّوجِ انقَضَتْ عدَّتُه بوضْعِه، ولا تتزوَّجُ حتَّى تحيضَ بعدَ نفاسِها، أو بالسَّيِّدِ حصَلَ الاستبراءُ بوضْعِه ثُمَّ تتمُّ عدَّةَ الزَّوجِ، فإن فُقِدَ القائفُ أو تحيَّرَ كأنْ ألحَقَـه بهما فعليهما بعدَ الوضعِ أكثرُ الأمريْنِ من مدَّةِ الحَيضةِ وإتمامِ بقيَّةِ العدَّةِ، أو للإمكانِ مِن أحدِهما فقَطْ فلا يخْفَى حكْمُه ممَّا ذُكِرَ.

ولـوِ اشْـتَرى مزوَّجةً ثُـمَّ وطِئَهـا ولو عالمًـا بأنَّها مزوَّجـةٌ كما بحَثَه شـيخُ مشـايخِنا[1] وهو ظاهـرٌ، فظهَرَ بها حمْلٌ ومـاتَ الـزَّوجُ أي: أو طلَّقَها وولدَتْه للإمـكانِ منهمـا أو مِن أحدِهما، فحكْمُه كما ذُكِرَ آنفًـا وإن لم يظهَرْ بها حمْلٌ، فإن ماتَ الزَّوجُ أي: مثلًا عقِبَ الوَطءِ وجبَتْ العدَّةُ لوفاتِه، ثُمَّ الاستبراءُ لحلِّها

(١) «أسنى المطالب» (٣/ ٤١٣).

للسَّيِّدِ وغيرِه، وإن عاشَ فعليه اعتزالُها حتَّى تُستبْرَأَ كمنكوحةٍ وُطِئَتْ بشُبهةٍ لم تحِلَّ للسَّيِّدِ وغيرِه إن فُورِقَتْ واعتدَّتْ وإن لم تُستبْرَأْ ثانيًا.

ولا يُنافِيه ما عُلِمَ ممَّا تقدَّمَ مِن أنَّ الاستبراءَ لا يكونُ إلَّا بعدَ العدَّةِ والموجودُ هنا قبلَها؛ لأنَّ محلَّ ذاكَ كما قال شيخُ مشايخِنا[1] بقَرينةِ ما هنا إذا لم يجِبِ استبراءٌ آخَرُ، فإن وجَبَ آخَرُ فأتَتْ به الأمةُ في محلِّه ودخَلَ فيه استبراءُ الشِّراءِ لأنَّهما لشخصٍ واحدٍ، فإن ماتَ بعدَ استبرائِها اعتدَّتْ لوفاتِه ثُمَّ تحِلُّ للسَّيِّدِ وغيرِه بلا استبراءٍ، وإن لم يعتزِلْها حتَّى ماتَ اعتدَّتْ لوفاتِه، ثُمَّ لا تحِلُّ للسَّيِّدِ وغيرِه حتَّى تُستبْرَأَ بعدَ العدَّةِ وإن حاضَتْ فيها لعَدمِ الاعتدادِ بالحَيضِ حينئذٍ.



(١) «أسنى المطالب» (٣/ ٤١٤).

(فَصْلٌ)
فِيمَا يَجِبُ لِلْمُعْتَدَّةِ وَعَلَيْهَا

(وَلِلْمُعْتَـدَّةِ الرَّجْعِيَّـةِ) حُرَّةً كانت أو أمةً، حائلًا كانـت أو حاملًا إلى انقضاءِ العـدَّةِ (السُّـكْنَى وَالنَّفَقَةُ) وغيرُهما مِن سـائرِ المُؤنِ إلَّا مؤنـةَ التَّنظيفِ، نعَمْ إن تأذَّتْ بالهوامِّ للوسـخِ، فبحَثَ الزَّرْكَشِـيُّ أنَّـه يجِبُ لها أن ترفَّهَ بمـا يُزيلُ ذلكَ من مشـطٍ ودُهنٍ وغيرِهما أخذًا ممَّا ذكَرُوه في خادمِ الزَّوجةِ، ولا تسـقُطُ نفقتُها وغيرُها ممَّا ذُكِرَ إلَّا بما يسقُطُ به ذلكَ في حقِّ الزَّوجةِ[١].

ولو ظنَّها حاملًا فبانَتْ حائلًا فله استردادُ ما أنفَقَه بعدَ العدَّةِ، وتُصدَّقُ بيمينِها في قـدْرِ مدَّةِ الأقراءِ إن كذبَهـا، فإن جهِلَتْ وقْتَ انقضاءِ العـدَّةِ قُدِّرَتْ بعادتِها، فإنِ اختلفَتْ اعتُبِرَتْ أقلُّها، فإنْ نسِيَتْ عادتَها فالَّذي نقَلَه الشَّيخانِ[٢] عنِ النَّصِّ وجـزمَ بـه في «الأنـوارِ»[٣] ورجَّحَه اليَمنِـيُّ أنَّها تُقدَّرُ بثلاثةِ أشـهرٍ نظـرًا لغالبِ العـاداتِ، واسـتغرَبَ الأَذْرَعِيُّ النَّـصَّ[٤]، ونقَلَ عن جمْعٍ اعتبـارَ أقلِّ ما يُمكِنُ انقضاءُ العدَّةِ به، فيرجِعُ بما زادَ عليه.

ولو تعذَّرَ لُحوقُ الوَلدِ به اسـتَردَّ أيضًا وسُئِلَتْ عنه، فإنِ ادَّعَتْ وطْءَ شُبهةٍ في أثناءِ العدَّةِ لزِمَه نفقةُ ما يبْقَى منها بعدَ الوضعِ؛ لأنَّ الحمْلَ يقطعُها، أو بعدَ ثلاثةِ أقراءٍ ردَّتِ المأخوذَ بعدَها لاعترافِها بانقضائِها بذلكَ.

ولـوِ ادَّعَتْ طلاقًا بائنًا فأنكَرَه وحلَفَ فلا نفقَةَ لها، ذكَرَه الرَّافِعِيُّ[٥] في كتابِ

---

(١) زاد في (ج): «وَلاَ تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا وَغَيْرُهَا».

(٢) «الشرح الكبير» (١٠/ ٣٨)، و«روضة الطالبين» (٩/ ٦٥).

(٣) «الأنوار» (٣/ ٤٤).

(٤) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٤٣٦).

(٥) «الشرح الكبير» (٨/ ٣٦١).

القسْمِ، ولو وضَعَتْ فقالَ: طلَّقْتُكِ قبلَ الوضْعِ فلا نفقةَ عليَّ الآنَ، فقالَتْ: بل بعدَه، وجبَتِ النَّفقةُ والعدَّةُ؛ لأنَّ الأصْلَ بقاءُ النِّكاحِ والنفقةِ، ولا رجعةَ له لزعْمِه بينونَتَها، بخلافِ ما لو قال بعدَ الوضعِ: «فلي الرَّجعة» فقالت: «بل قبْلَه» فلا نفقةَ لها كما هو مُقتضى كلامِهم؛ لإنكارِها استحقاقَها.

ولو وُطِئَتْ بشُبهةٍ فظهَرَ حمْلٌ يمكِنُ أن يكونَ منهما وقلْنا: النَّفقةُ للحاملِ لا للحمْلِ لم تلزَمِ النَّفقةُ واحدًا منهما، أمَّا الواطئُ فظاهرٌ، وأمَّا الزَّوجُ؛ فلاحتمالِ كونِه مِن الواطئِ فلا يكونُ في عدَّتِه، فإذا وضَعَتْ وأتمَّتِ الأقراءَ قال ابنُ الصَّبَّاغ: فعلى الزَّوجِ نفقةُ أقصَرِ المُدَّتيْنِ مِن الحمْلِ والأقراءِ[1]، ولا يخْفَى الحكمُ إذا ثبَتَ نسَبُه من الزَّوجِ بقائفٍ أو غيرِه.

(وَلِلْبَائِنِ) بخُلعٍ أو ثلاثٍ أو غيرِهما حيثُ تجِبُ نفقتُها لو لم تفارِقِ (السُّكْنَى) إلى انقضاءِ العدَّةِ، بخلافِ ما لو لم تجِبْ نفقتُها؛ كناشزةٍ لم تطِعْ ولو في العدَّةِ بأن خرَجَتْ مِن منزلِه، وصغيرةٍ لا تُوطَأُ، وأمةٍ لم تُسلَّمْ ليلًا ونهارًا، فلا سُكْنى لها، كما لا سُكْنى لمُعتدَّةٍ عن وَطءِ شُبهةٍ ولو في نكاحٍ فاسدٍ، ولا لأمِّ ولدٍ عتَقَتْ بإعتاقِ السَّيِّدِ أو موتِه، وكذا مُعتدَّةٌ عن فسْخٍ بردَّتِها أو بإسلامِه، وتخلُّفُها كما استَثْناها بعضُهم مِن إطلاقِهم المُعتدَّةَ عنِ الفَسْخِ نظرًا إلى أنَّه لا نفقَةَ لها، والسُّكْنى كالنَّفقةِ، نعَمْ للزَّوجِ إسكانُ الأَمةِ المذكورةِ حالَ فراغِها مِن خدمةِ السَّيِّدِ لحفْظِ مائِه.

وللواطئِ بالشُّبهةِ إسكانُ المَوطوءةِ لذلكَ، وهو شاملٌ للمُزوَّجةِ، وكذا حيثُ لا تجِبُ السُّكنى للمُعتدَّةِ، فللزَّوجِ أو وارثِه إسكانُها حِفظًا لمائِه؛ أي: أو تعبُّدًا، وسُكْنى المُعتدَّةِ مِن رأسِ المالِ، فإن لم تكُنْ تركةٌ سُنَّ للوارثِ التَّبرُّعُ

(١) ينظر: «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٥/ ٢١١).

بها مِن مالِه، وللقاضِي إسكانُها من بيتِ المالِ، فإن أسكَنَها أحدُهما فعليها الإجابةُ، وإلَّا سكَنَتْ حيثُ شاءَتْ، نعَمْ لو تبرَّعَ أجنبيٌّ بسُكْناها حيثُ لا ريبةَ، فقال المَاوَرْدِيُّ والرُّويانِيُّ[1]: إنَّه كتبرُّعِ الوارثِ. قال النَّوَوِيُّ[2]: وفيه نظرٌ.

ولو مَضَتْ مدَّةُ العِدَّةِ أو بعضُها ولم تُطالِبْ بالسُّكنى سقَطَتْ، بخلافِ النَّفقةِ.

(**دُونَ النَّفَقَةِ**) والكسوةِ وغيرِهما مِن المُؤنِ، أو أرادَ بالنَّفقةِ ما عدا السُّكنى بقرينةِ المُقابلةِ، فلا تجِبُ للبائنِ المذكورةِ (**إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا**) ولم تكُنْ بينونتُها بموتٍ ولا بفسْخٍ بسببٍ مقارنٍ، فلها أيضًا النَّفقةُ وغيرُها مِن المُؤنِ، وإن ماتَ الزَّوجُ قبلَ الوضْعِ؛ لأنَّ النَّفقةَ للحامِلِ والبائنِ لا تنتقِلُ لعدَّةِ الوفاةِ بخلافِ الرَّجعيَّة.

أمَّا الحامِلُ البائنُ بالمَوتِ أو بالفسخِ بسببٍ مقارنٍ للعقْدِ؛ كعيبٍ وغرورٍ فلا مؤنةَ لها، وحيثُ وجَبَت لم تؤخَّرْ إلى الوضْعِ، بل تُسلَّمْ لها يومًا فيومًا، لكن بعدَ ثبوتِ ظهورِ الحمْلِ ولو بأربعِ نِسوةٍ أوِ اعترافِ الزَّوجِ به.

ولو ظنَّها حاملًا فأنفَقَ عليها فبانَتْ حائلًا رجَعَ عليها، ولو نفاهُ باللِّعانِ سقَطَتِ النَّفقةُ دونَ السُّكنى، فإنِ استلحَقَه فلها الرُّجوعُ عليه بأُجرةِ الإرضاعِ وببدلِ الإنفاقِ عليها قبلَ الوضعِ، وعلى ولدِها ولو بعدَ الإرضاعِ؛ لأنَّها أدَّتْ ذلكَ على ظنِّ وُجوبِه عليها، فتَرجِعُ عندَ تبيُّنِ خلافِه كما لو أدَّى دَينًا ظنَّه عليه.

ولا ينافِي ذلكَ أنَّ نفقَةَ القريبِ لا تصيرُ دَينًا إلَّا بإذنِ القاضي؛ لأنَّ الأبَ هنا تعدَّى بالنَّفيِ ولم يكُنْ لها طلَبٌ في ظاهرِ الشَّرعِ، فلمَّا أكذَبَ نفْسَه رجَعَتْ عليه حينئذٍ، وتُصدَّقُ بيمينِها ولو أمةً في دعوى تأخُّرِ الوضْعِ، نعَمْ إنِ ادعَّتِ الإنفاقَ

---

(١) «بحر المذهب» (١١/ ٣١٩).

(٢) «روضة الطالبين» (٨/ ٤٢٤).

على ولدِها لم ترجعْ إلَّا بعدَ ثبوتِ أنَّها أنفقَتْ وأشهَدَتْ، أو أنَّ الحاكمَ أذِنَ لها في الإنفاقِ لتَرجِعَ عليه.

وقياسُ النَّظائرِ عدمُ اعتبارِ إشهادِها مع القدرةِ على استئذانِ الحاكمِ، قال الشَّيخانِ[1]: ولو نكَحَ نكاحًا فاسدًا واستمتَعَ بها وأنفَقَ عليها ثُمَّ فُرِّقَ بينَهما لم يكُنْ له الرُّجوعُ بما أنفَقَ عليها وإن كانت حاملًا، ويُجعَلُ ذلكَ في مقابلةِ استمتاعِه بها، وقضيَّتُه أنَّه يستَرِدُّ إذا لم يستمتِعْ بها وكان قد تسلَّمَها. قال الأَذْرَعِيُّ: وليس مرادًا. انْتَهى.

وكأن وجْهَه حبْسُها عندَه حبسَ الزَّوجاتِ، ولو أسقَطَتِ المُعتدَّةُ السُّكنى لم تسقُطْ؛ لأنَّه إسقاطٌ لِما لم يجِبْ؛ لأنَّها إنَّما تجِبُ[2] يومًا فيومًا.

(**وَعَلَى الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا الْإِحْدَادُ**) بالحاءِ المهملةِ مِن أحدَّ، ويقالُ: الحِدادُ مِن حَدَّ وهو المنعُ، ويُروى بالجيم مِن جدَدْتُ الشَّيءَ قطعْتُه، وشمِلَتِ العبارةُ غيرَ المُكلَّفةِ لصغرٍ أو جنونٍ، والذِّمِّيَّةَ وإن كان الزَّوجُ ذمِّيًّا أيضًا، لكن قال الأَذْرَعِيُّ[3]: ومحلُّه في الذِّمِّيَّةِ إذا رَضَوْا بحكمِنا، وإلَّا فلا نتعرَّضُ لها، ومثْلُها المُعاهدَةُ والمُستأمنَةُ.

والخطابُ في غيرِ المُكلَّفةِ متعلِّقٌ بوليِّها، فعليه منْعُها ممَّا يمنَعُ منه المُكلَّفةَ.

وخرَجَ عنها: غيرُ المُتوفَّى عنها زوْجُها كالمُفارقةِ رَجعيَّةً كانت أو بائنًا، فلا إحدادَ عليها، لكن يُستحَبُّ لها على ما نقلَه الشَّيخانِ[4] في الرَّجعيَّةِ عن روايةِ

(١) «الشرح الكبير» (١٠/ ٤٦)، و«روضة الطالبين» (٩/ ٧١).

(٢) في (ع): «تجبر».

(٣) «قوت المحتاج» (٧/ ٢٦٩).

(٤) «الشرح الكبير» (٩/ ٤٩٢)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٤٠٥).

أبي ثورٍ عن الشَّافعيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ثُمَّ حكَيَا عن بعضِ الأصحابِ أنَّ الأَوْلى لها أنْ تتزيَّنَ بما يدْعُو الزَّوجَ إلى رجْعَتِها.

وكالمُتوفَّى غيرُ زوجِها فيحرُمُ عليها أن تحِدَّ عليه فوقَ ثلاثةِ أيَّامٍ.

قال الأَذْرَعِيُّ[1]: والأشبَهُ أنَّ المُرادَ بغيرِ الزَّوجِ القريبُ كما أشارَ إليه القاضي، فلا يجوزُ للأجنبيَّةِ الإحدادُ على أجنبيٍّ ولو بعضَ يومٍ، قال: وينبَغِي أن يكونَ السَّيِّدُ كالقريبِ. انْتَهى.

وقضيَّةُ التَّقييدِ بالمَرأةِ امتناعُ إحدادِ الرَّجلِ على قريبِه ثلاثةَ أيَّامٍ، لكِنْ قال الإمامُ: التَّحزُّنُ في المُدَّةِ لا يختَصُّ بالنِّساءِ، ومنَعَه ابنُ الرِّفْعَةِ بأنَّه شُرِعَ للنِّساءِ لنقْصِ عقْلِهِنَّ المُقتضِي عدمَ الصَّبْرِ، مع أنَّ الشَّرعَ أوجَبَ على النِّساءِ الإحدادَ دونَ الرِّجالِ.

(وَهُوَ) أي: الإحدادُ لغةً: المنْعُ، وشرعًا: **(الِامْتِنَاعُ)** إلى انقضاءِ العدَّةِ **(مِنَ الزِّينَةِ)** بلبسِ مصبوغٍ لزينةٍ ولو بالتَّغطِّي به كلحافٍ، كما بحَثَه ابنُ الرِّفْعَةِ، وقال شيخُ مشايخِنا: إنَّه الأوجَهُ مُطلقًا، وإن بحَثَ الزَّرْكَشِيُّ حلَّه ليلًا، وإن خشُنَ أو صُبِغَ قبلَ نسْجِه كالأحمرِ والأصفرِ والأَزرقِ والأَخضرِ الصَّافيَيْنِ، بخلافِ غيرِ اللُّبسِ كالفُرُشِ والسُّتورِ وأثاثِ البيتِ ولو مصبوغةً لزينةٍ، وغيرُ المَصبوغِ ولو نحْوَ حريرٍ، والمَصبوغُ لا للزِّينةِ كالمَصبوغِ لمُصيبةٍ أوِ احتمالِ وسخٍ كالأسودِ والأزرقِ والأخضرِ المُشبَّعَيْنِ الكدِرَيْنِ، نعَمْ لو كان في الأسودِ نقوشٌ يُزيِّنُ بها، أو تمويجٌ وتخطيطٌ حرُمَ كالمَصبوغِ للزِّينةِ، قاله الماوَردِيُّ[2].

---

(١) «قوت المحتاج» (٧/ ٢٨٤).

(٢) «الحاوي الكبير» (١١/ ٢٨١).

وقـال الأَذْرَعِيُّ[1]: الذي يقتَضِيه النَّظـرُ أنَّه إن كان المُرادُ بغيرِ المَصبوغِ من الإِبْرِيسَمِ ما نُسِجَ على هيئتِه مِن غيرِ إحداثِ تحسينٍ فيه أصلًا، فالظَّاهر مذهبًا ودليـلًا جـوازُه، ويجوزُ حمْلُ ظاهـرِ النَّـصِّ وكلامِ العراقيين عليـه، وإن كان المُـرادُ أعـمَّ مِن ذلكَ كيفَ صُنِـعَ[2] ففيه نظرٌ، فإنَّ الزِّينةَ فيمـا بُيِّض مِن أبيضِه وحسُـنَ مِن أصفرِه وأحمرِه، وصُقِّلَ بعد نسـجِه ظاهرةٌ، بل هو أحسَـنُ وأزينُ مِن كثيرٍ مِن المُصبَّغاتِ.

ويبعُـدُ أن يحرُمَ المصبوغُ البرَّاقُ مِن القُطنِ والكَتَّانِ وإن خشُـنَ، ولا يحرُمُ الأصفرُ والأحمرُ الخِلْقِيُّ مع صفائِهما وشدَّةِ بريقِهما وزيادةِ الزِّينةِ فيهما على المصبوغِ مِن غيرِ الحَريرِ، وما أحسَـنَ قولِ الشَّـيخِ إبراهيمَ الْمَرْوَزِيِّ في تعليقِه آخِرَ البابِ: وعقْدُ البابِ أنَّ كلَّ ما فيه زينةٌ تشـوِّقُ الرِّجالَ إلى نفسِها تُمنَعُ منه. انْتَهى.

وأمَّـا طِرازُ الثَّـوبِ فإن كبُرَ حرُمَ لظهـورِ الزِّينةِ فيه، وإن صغُـرَ فثلاثةُ أوجهٍ ثالثُها وبه جزَمَ في «الأنوار»[3]: إن نُسِـجَ مع الثَّوبِ جازَ، وإن رُكِّبَ عليه حرُمَ؛ لأنَّـه محضُ زينةٍ. قـال بعضُهم: ولو كان الثَّـوبُ مصبوغَ الحاشـيةِ فينبَغِي أن يكونَ على هذا. انْتَهى.

وبالتَّحلِّي[4] بحُليِّ ذهبٍ وفضةٍ ولو خاتمَ فضَّةٍ، أو بحلِيِّ نُحاسٍ أو رَصاصٍ إن كانت مِن قومٍ يتزيَّنون به، أو أشبَهَ الذَّهبَ أوِ الفضَّةَ بحيثُ لا يُعرَفُ إلَّا بعدَ

---

(١) «قوت المحتاج» (٧/ ٢٧٥).

(٢) في (ع): «صيغ». وفي (هـ)، (ن): «صبغ».

(٣) «الأنوار» (٣/ ٤٩-٥٠).

(٤) في هامش (ع) بخط الإمام الجوهري: «قوله: وبالتحلي معطوف على قوله: بلبس مصبوغ أي: ومن الزينة بالتحلي بحلي ذهب .. إلخ، وهكذا ما بعده».

التَّأمُّلِ أو مُوِّهَ بهما، قال الأَذْرَعِيُّ[١]: أو بغيرِهما، أي: ممَّا يحرُمُ التَّزيينُ به، أو بحُلِيِّ حَبٍّ موضوعٍ للزِّينةِ كاللُّؤلؤِ والعَقيقِ، وصرَّح الصَّيْمَرِيُّ بحُرمةِ لبسِ الدَّمالجِ[٢]، وهو يقتَضِي حرمةَ لبسِ الحُليِّ تحتَ الثِّيابِ.

وبالاكتحالِ بكحلِ زينةٍ كالإثْمِدِ والصَّبِرِ إلَّا لحاجةِ رمدٍ أو نحْوِه فتكتَحِلُ به ليلًا وتمسَحُه نهارًا، فإن دَعَتْ ضرورةٌ إليه نهارًا جازَ، بخلافِ ما لا زينةَ فيه كالكُحلِ الأبيضِ كَالتُّوتِيَاءِ.

وبخضبِ نحْوِ الوجْهِ واليديْنِ والرِّجليْنِ ممَّا يظهَرُ من بدَنِها أي: عندَ المهنةِ كما قاله شيخُ مشايخِنا[٣]، قال: ومنه شعْرُ الرَّأسِ وإن كان كثيرًا ما يكونُ تحتَ الثِّيابِ كالرِّجليْنِ بنحْوِ حنَّاءٍ أو ورْسٍ أو زعفرانَ أو صبرٍ مِن كلِّ ما يحمِّرُه أو يصفِّرُه أو يبيِّضُه، بخلافِ ما لا يظهَرُ، وهو ما تحتَ الثِّيابِ كما نقَلَه الشَّيخانِ[٤] عنِ الرُّويانِيِّ وأقرَّاه، وإن صرَّحَ ابنُ يونُسَ بالتَّحريمِ في جميعِ البَدَنِ.

وبتطريفِ أصابعِها، وبتصفيفِ طُرَّتِها وتجعيدِ شعْرِ صدْغيها وتسويدِ الحاجبِ وتصفيرِه، وبدهنِ شعرِ رأسِها ولحيتِها؛ لِما فيه مِن الزِّينةِ، بخلافِ سائرِ بدنِها.

(وَ) الامتناعُ[٥] مِن استعمالِ **(الطِّيبِ)** في البَدنِ والثَّوبِ والطَّعامِ والكُحلِ ولو جائزًا، فيحرُمُ عليها مِن الطِّيبِ فيما ذُكِرَ ما يحرُمُ على المُحرمِ استعمالُه منه، نعَمْ إن احتاجَتْ إليه جازَ كما صرَّحَ به الإمامُ، وكذا لوِ استعملَتْ قليلًا

---

(١) «قوت المحتاج» (٧/ ٢٧٦).

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٤٠٢).

(٣) «أسنى المطالب» (٣/ ٤٠٣).

(٤) «الشرح الكبير» (٩/ ٤٩٦)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٤٠٧).

(٥) في هامش (ع) بخط الإمام الجوهري: «معطوف على قوله: الامتناع من الزينة».

مِن قسْـطٍ أو أظفارٍ عندَ طُهرِها مِن حيضٍ أو نفاسٍ بأن حمَلَتْ مِن زنًا أو وَطءِ شُـبهةٍ، ولا فرْقَ في حُرمةِ الطِّيـبِ كاللُّبسِ بينَ اللَّيلِ والنَّهـارِ، بخلافِ الحُليِّ، فلها لُبسُـه ليلًا وإن كُرِهَ بـلا حاجةٍ، وكذا نهارًا لضـرورةٍ كتعيُّنِه طريقًا لإحرازِه كما ذكَرَه الأَذْرَعِيُّ[1].

(وَعَلَى) كلٍّ مِن (**الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا وَالمَبْتُوتَةِ**) بالمُثنَّاةِ أي: المُبانةِ بخُلعٍ أو ثلاثٍ والمَفسوخةِ بردَّةٍ أو غيرِها (**مُلَازَمَةُ الْبَيْتِ**) أي: المَنزلِ الذي فُورِقَتْ وهي فيـه أو في طريقِـه بقصْدِ النُّقلةِ إليه، بأن وقَعَ الفِراقُ بعـدَ خروجِها بإذنِ الزَّوجِ مِن مسكنِها إلى مسكنٍ آخَرَ ولو ببلدٍ آخَرَ للنُّقلةِ بشرطِ مُجاوزةِ العُمرانِ؛ أي: بحيثُ يجوزُ التَّرخُّصُ كما بحَثَه جماعةٌ، وإن عادَتْ إلى الأوَّلِ لنقلِ متاعٍ ونحْوِه.

بخـلافِ ما لو وقَعَ قبلَ خروجِها إلى ما ذُكِرَ فعليها ملازمةُ ما هي فيه، وكذا بعـد خروجها إليه بـلا إذنِ الزَّوجِ فعليها العـودُ إلى الأوَّلِ وملازمتُـه، والعبْرةُ بنقْلِ بَدنِها دونَ متاعِها.

وبخلافِ ما لو سـافَرَتْ بإذنِـه لحاجةٍ له أو لها كحجٍّ وتجـارةٍ، أو لا كنزهةٍ وزيـارةٍ فوجَبَتِ العـدَّةُ في الطَّريقِ فلا يجِـبُ العودُ، لكنَّه أَوْلـى وهي معتدَّةٌ في سيْرِها مضَتْ أو عادَتْ، وإذا مضَتْ:

* فـإن كان لحاجـةٍ أقامَـتْ إلـى انقضائِهـا وإن زادَتْ إقامتُهـا علـى مـدَّةِ المُسافرين مِن غيرِ زيادةٍ على ذلكَ إلَّا أن يأذَنَ لها في مدَّةٍ معيَّنةٍ فلها استيفاؤُهَا،

* أو لغيـرِ حاجةٍ كنزهةٍ وزيارةٍ فإن قدَّرَ لهـا مدَّة معينةً اقتصَرَتْ عليها، وإن أطلَقَ أقامَتْ مدَّةَ المُسافرين وهي ثلاثةُ أيَّامٍ غيرَ يومَيِ الدُّخولِ والخروجِ.

---

(١) «قوت المحتاج» (٧/ ٢٧٦).

ولو سافَرَتْ مع الزَّوجِ لحاجتِه فطلَّقَها أو ماتَ لم تقُمْ بمحلِّ الفُرقةِ أكثرَ من مدَّةِ المسافرين، أو لحاجتِها فكما لو أذِنَ لها وخرَجَتْ، ولوِ اقتصَرَ على الإذْنِ لها ولم يتعرَّضْ لحاجةٍ أو نزهةٍ أو إقامةٍ أو رجوعٍ حُمِلَ على سفَرِ النُّقلةِ.

وشرْطُ لزومِ العودِ في سائرِ الصُّورِ: أمْنُ الطَّريقِ، ووجدانُ الرُّفقةِ.

ولو تنازَعَا فادَّعَتِ الانتقالَ بإذْنِه وأنكَرَ الإذْنَ هو أو وارثُه، فالقولُ قولُه بيمينِه؛ لأنَّ الأصْلَ عدمُ الإذْنِ، أوِ ادَّعَتْ أنَّه أذِنَ في النُّقلةِ وادَّعَى أنَّه إنَّما أذِنَ لغيْرِها، فإن كان النِّزاعُ معَه فهو المُصدَّقُ أيضًا؛ لأنَّ الأصْلَ عدمُ الإذنِ للنُّقلةِ، أو مع الوارثِ فهي المُصدَّقةُ؛ لأنَّها أعرَفُ بما جَرَى منه.

وشمِلَ البيتُ بيتَ البَدويَّةِ مِن نحْوِ شَعرٍ، فعليها ملازمتُه إلى انقضاءِ العدَّةِ، وفي معناه السَّفينةُ لزوجةِ المَلَّاحِ إذا أسكَنَها إيَّاها، فيجِبُ اعتدادُها فيها إنِ انفرَدَتْ عنه بمسكنٍ مع مرافقةٍ فيها، وإلَّا فإن صحِبَها محرَمٌ يُمكِنُه تسييرُ السَّفينةِ وجَبَ خروجُ الزَّوجِ منها واعتدادُها فيها، وإلَّا خرَجَتْ إلى أقربِ البلادِ إلى الشَّطِّ واعتدَّتْ فيه، فإن تعذَّرَ خروجُ كلٍّ منهما تستَّرَتْ وتنحَّتْ عنه بقدْرِ الإمكانِ.

وكالمُتوفَّى عنها والمَبتوتةِ: المَوطوءةُ بشُبهةٍ أو نكاحٍ فاسدٍ، فيلزَمُها ملازمةُ البيتِ إذا أسكَنَها فيه، وإن لم يلزَمْه الإسكانُ كما تقدَّمَ.

وخرَجَ بهما الرَّجعيَّةُ؛ فليس عليها ملازمةُ البيتِ المذكورِ، بل للزَّوجِ أن يُسكِنَها حيثُ شاءَ، على ما قاله جَمْعٌ مِن العراقيِّين وجزمَ به النَّوويُّ في «نُكتِه»؛ لأنَّها في حكمِ الزَّوجةِ، لكن الذي في «النِّهايةِ» ونصَّ عليه في «الأمِّ» كما قاله ابنُ الرِّفْعَةِ وغيرُه: أنَّهما كهُمَا، قال السُّبكِيُّ: وهو أَوْلى؛ لإطلاقِ الآيةِ. وقال الأَذْرَعِيُّ[1]:

---

(١) «قوت المحتاج» (٧/ ٢٩١).

إنَّه المَذهَبُ المَشهورُ، والزَّرْكَشِيُّ: إنَّه الصَّوابُ[1].

وحيثُ وجبَتْ ملازمةُ البيتِ فليس لها مفارقتُه **(إلَّا لِحاجَةٍ)** كشراءِ طعامٍ وقطنٍ وبيعِ غزْلٍ، فلها الخروجُ لذلكَ نهارًا لا ليلًا، إلَّا إذا لم تتمكَّنْ منه نهارًا، نعَمْ إن وجَدَتْ مَن يقومُ بحاجتِها امتنَعَ عليها الخروجُ، وكذا لو وجبَتْ نفقتُها كالرَّجعيَّةِ والحاملِ البائنِ بغيرِ المَوتِ والفسخِ على ما تقدَّمَ، ولم يأذَنْ لها صاحِبُ العدَّةِ في الخروجِ، إذ عليه القيامُ بكفايتِهما، نعَمْ للثَّانيةِ الخروجُ لغيرِ تحصيلِ النَّفقةِ؛ كشراءِ قطنٍ وبيعِ غزْلٍ، وكذا لو أُعطيتِ النَّفقةَ دراهِمَ واحتاجَتْ إلى الخروجِ لنحْوِ شراءِ القوتِ والأُدمِ، ذكَرَ ذلكَ السُّبكِيُّ وغيرُه، وقضيَّتُه امتناعُ خروجِ الرَّجعيَّةِ لذلكَ، ووجْهُه أنَّها في حكمِ الزَّوجةِ، لكن صرَّحَ بعضُ المُتأخِّرينَ بخلافِه، وكالخروجِ ليلًا إلى الجيرانِ لنحْوِ غزلٍ وتحدُّثٍ بشرطِ أن ترجِعَ وتبيتَ في بيتِها، ومحلُّه كما بحَثَه الأَذْرَعِيُّ[2] إذا أمِنَتِ الخروجَ ولم يكُنْ عندَها مَن يُؤنِسُها.

وكخوفِها على محترمٍ مِن نفْسٍ أو عضوٍ أو دينٍ أو بُضعٍ أو مالٍ ولو لغيرِها كوديعةٍ، وكالخروجِ لحدٍّ ويمينٍ إن كانت بـرْزَةً، وإلَّا حضَرَ إليها الحاكمُ أو نائبُه، ولو زَنَتْ وهي بكرٌ غُرِّبَتْ في الحالِ.

وككونِ البيتِ غيرَ لائقٍ بها إمَّا لخسَّتِه وقدِ امتنعَتْ مِن الإقامةِ به، وإمَّا لنفاستِه ولم يرْضَ الزَّوجُ أو وارثُه بإقامتِها به، فلها في الأُولى طلَبُ النُّقلةِ إلى لائقٍ بها؛ لأنَّها قد تسمَحُ بالسُّكنى فيه لدوامِ الصُّحبةِ وقد زالَتْ، وللزَّوجِ أو وارثِه في الثَّانيةِ نقْلُها إلى اللَّائقِ بها إن وجَدَه مع مراعاةِ تقديمِ الأقربِ إلى المنقولِ عنه بحسبِ الإمكانِ.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٤٠٤).

(٢) «قوت المحتاج» (٧/ ٢٩٣).

ولو كان البيْتُ ضيِّقًا لا يزيدُ على سُكنى مثْلِها وجَبَ على الزَّوجِ ولو أعْمَى الانتقالُ منه لحُرمةِ اجتماعِهما والخَلوةِ بها، وإن كان واسعًا جازَ أن يسكُنَ كلٌّ منهما في حجرةٍ منه إن انفرَدَتْ حجرةُ كلٍّ منهما عنِ الأخرى بمَرافِقِها مِن نحوِ مطبخٍ ومُستَراحٍ وبئرٍ وممَرٍّ للشَّارعِ ومصعدٍ للسَّطحِ، أو غلْقِ ما بينَهما مِن بابٍ ولم يكُنْ ممرُّ إحداهما على الأخرى، أو كان معَها مَحرمٌ لها ذكرًا كان أو أُنثى، وفي معناه الممسوحُ الثِّقةُ كما قاله شيخُ مشايخِنا[1]، أو مَحرمٌ له أُنثى أوِ امرأةٌ ثقةٌ يحتَشِمُها لحياءٍ أو خوفٍ أجنبيَّةً كانت أو لا، كزوجةٍ أخرى أو أمةٍ له وإنِ اتَّحدَتِ المَرافقُ.

ويُشترَطُ تمييزُ المَحرمِ وبلوغُه على ما نقلَه الشَّيخانِ[2] عنِ النَّصِّ لكنَّهما نقَلَا عنِ الشَّيخِ أبي حامدٍ الاكتفاءَ بالمُراهقِ، وقضيَّةُ كلامِهما في «المُحرَّرِ» و«المنهاجِ»[3] الاكتفاءُ بالمُميِّزِ، وبه صرَّحَ النَّوويُّ في «فتاويه»[4] فقال: ويُشترَطُ أن يكونَ بالغًا عاقلًا أو مراهقًا أو مُميِّزًا يُستحْيَى منه.

قال الزَّرْكَشِيُّ: ولا بدَّ أن يكونَ بصيرًا، فلا يكْفِي الأعمى كما لا يكْفِي في السَّفرِ بالمَرأةِ إذا كان محرمًا لها[5]، ولو لم تتعدَّدْ حُجرُ البيتِ لم يُساكِنْها فيه، وإن كان معَها مَحرمٌ؛ لأنَّها لا تتميَّزُ مِن السَّكنِ[6] بمَوضعٍ.

وجميعُ ما ذُكِرَ يجْرِي في الأجنبيَّيْنِ فيحرُمُ تساكنُهما في دارٍ واحدةٍ إلَّا إذا انفرَدَ كلٌّ منهما بحُجرةٍ منها مع تعدُّدِ المَرافقِ أو مع وجودِ مَحرمٍ أو نحْوِه على ما تقرَّرَ.

---

(١) «أسنى المطالب» (٣/ ٤٠٧).

(٢) «الشرح الكبير» (٩/ ٥١٣)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٤١٨).

(٣) «منهاج الطالبين» (ص ٢٥٧).

(٤) «فتاوى النووي» (ص ٢٠٩).

(٥) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٤٠٧).

(٦) في (ش): «المسكن».

وتجـوزُ خلْوةُ الأجنبيِّ بالأجنبيَّـةِ مع المحرمِ أوِ المَرأةِ المذكوريْنِ بشـرطِ كونِ المَخلوِّ بها في الثَّانيةِ ثقةً أيضًا، فعُلِمَ جوازُ خلوةِ الرَّجلِ بالأجنبيتيْنِ الثنتيْنِ وعدمُ جوازِ خلوةِ رجليْنِ بأجنبيَّةٍ وإن بعُدَ تواطؤهما على الفاحشةِ، وهو ما في «شـرحِ المهذَّبِ»[1]؛ لأنَّ المَرأةَ تستحِي من المَرأةِ فوقَ ما يستحِي الرَّجلُ مِن الرَّجلِ، لكنَّه خالَفه في «شـرحِ مسـلمٍ» حيثُ أوَّلَ الحديـثَ الدَّالَّ على الجوازِ علـى جماعةٍ يبعُدُ تواطؤهم على الفاحشـةِ لصلاحٍ أو مـروءةٍ أو غيرِهما، وقد حَكَـى ذلـكَ وجهًا في «شـرحِ المهذَّبِ»[2]، وظاهـرٌ أنَّه لو كثُـرَ الرِّجالُ بحيثُ انتَفَى اسمُ الخَلوةِ كان الاجتماعُ جائزًا.

وقـد تجوزُ الخَلـوةُ للضَّرورةِ، كأن وجَدَ أجنبيَّةً منقطعـةً بنحوِ بريَّةٍ، فيجوزُ استصحابُها معَه، بل يجِبُ إذا خافَ عليها. وتحرُمُ الخَلوةُ بالأَمردِ الحَسنِ.

وقد ظهَرَ ممَّا تقرَّرَ تباينُ مسـألتَيِ المُسـاكنةِ والخَلوةِ، فإنَّه عُلِمَ جوازُ خَلوةِ الرَّجـلِ بالأجنبيَّةِ مع المَحرمِ، وامتناعُ مُسـاكنتِه إيَّاها معَه إلَّا عندَ تعدُّدِ الحُجرِ على التَّفصيلِ المَذكورِ، والفرْقُ واضحٌ فليُتأمَّلْ.



---

(١) «المجموع شرح المهذب» (٤/ ٢٧٨).

(٢) «المجموع شرح المهذب» (٤/ ٢٧٩).

(فَصْلٌ)
في الرَّضَاعِ

بفتحِ الرَّاءِ وكسْرِها.

وهو لغةً: مصُّ الثَّديِ وشـرْبُ لبنِه، وشـرعًا: حصولُ لبنِ امرأةٍ أو ما حصَلَ في مَعِدةِ طفلٍ أو دماغِه على وجهٍ يأتِي.

(وَإِذَا أَرْضَعَـتِ المَرْأَةُ) الآدميَّةُ الحَيَّةُ حياةً مسـتقِرَّةً الَّتي بلغَتْ سـنَّ الحَيضِ ولـو بِكرًا خليَّةً لم تلِدْ ولـم يُحكَمْ ببلوغِها، فخـرَجَ الرَّجلُ والخُنثى إذ لم يخلَقْ لبنهُما لغذاءِ الولدِ، فأشبَهَ سائرَ المائعاتِ، والبهيمةُ حتَّى لو شرِبَ مِن لبنِها ذكرٌ وأُنثى لم يثبُتْ بينَهما محرميَّةٌ؛ لأنَّه لا يصلُحُ لغذاءِ الولدِ صلاحيةَ لبنِ الآدميَّاتِ.

وكـذا الجنيَّـةُ على ما رجَّحَـه جمْعٌ متأخِّرون منهم شـيخُ مشـايخِنا[1]؛ لأنَّ الرَّضـاعَ تلـوُ النَّسـبِ، واللهُ قطَعَ النَّسـبَ بينَ الجـنِّ والإنسِ، قاله الزَّرْكَشِـيُّ، وقضيَّتُه أنَّه مبنيٌّ على حرمةِ تناكحِهما، أمَّا على حلِّه فيحرُمُ.

والميتَـةُ والتـي صـارتْ إلى حركـةِ مذبـوحٍ؛ لأنَّها جثَّـةٌ منفكَّةٌ عـنِ الحلِّ والحُرمـةِ كالبهيمـةِ، والتي لـم تبلُغْ سـنَّ الحَيـضِ؛ لأنَّها لا تحتمِـلُ الولادةَ، واللَّبنُ المُحرمُ فرعُها، بخلافِ ما إذا بلغَتْه وإن لم يُحكَمْ ببلوغِها لقيامِ احتمالِ البلوغِ، والرَّضاعُ تلوُ النَّسبِ فاكتُفِيَ فيه بالاحتمالِ، نعَمْ يُكرَهُ للرَّجلِ نكاحُ مَنِ ارتضَعَتْ بلبنِه كما نقَلَه الشَّيخانِ[2] عنِ النَّصِّ، ومثْلُه الخُنثى بأنْ بانَتْ ذكورتُه؛ إذ ما دامَ إشكالُه لا يصِحُّ نكاحُه، ولو بانَتْ أنوثتُه ثبَتَ التَّحريمُ.

---

(١) «أسنى المطالب» (٣/ ٤١٦).

(٢) «الشرح الكبير» (٩/ ٥٥٤)، و«روضة الطالبين» (٩/ ٤).

(بِلَبَنِهَا) بأيِّ لونٍ كان:

* بـأنْ كان فيـه خاصيَّةُ اللَّبـنِ وإن خلطَتْه بمائعٍ غلَبَه اللَّبنُ بـأن ظهَرَ طعْمُه أو لونُـه أو ريحُه، وكذا إن لـم يغلِبْه بحيثُ زالَتْ أوصافُه إن كان اللَّبنُ قدرًا لوِ انفردَ أمكَنَ أن يُسـقَى في خمسِ دفعاتٍ؛ أي: وقد انفصَلَ منها في خمسِ مرَّاتٍ كما هو القياسُ.

وظاهـرُ إطلاقِهم لا يقالُ: لو كان كذلكَ لم يحتَجْ إلى الاشـتراطِ المذكورِ؛ إذ مِن لازمِ انفصالِه في خمسِ مرَّاتٍ إمكانُ سقْيِه كذلكَ؛ لأنَّا نقولُ: بل يُحتاجُ إليـه للاحـترازِ عمَّا لو تلِفَ بعْضُه في كلِّ مرَّةٍ بحيثُ لـم يبْقَ منه إلَّا ما لا يُمكِنُ وصولُـه وحْدَه، لكن يُمكِنُ وصولُ مجموعِ الباقي مِـن المرَّاتِ، وبذلك يُعلَمُ اندفاعُ ما وقَعَ لبعضِهم هنا.

* وأرضعَتْـه[1] جميعَـه وكذا بعْضَه مع تحقُّقِ وصولِ شـيءٍ مِن اللَّبنِ؛ أي: في كلِّ مرَّةٍ من الخَمْسِ كما هو ظاهرٌ إلى الجَوفِ، بأن تحقَّقَ انتشارُه في جميعِ أجزاءِ الخَليطِ لكثرتِه، أو كان الباقي أي: في كلِّ مرَّةٍ أقلَّ مِن اللَّبنِ أي: المَوجودِ قبْلَها، وإنَّما قيَّدْنا بما ذُكِرَ؛ لأنَّ تحقُّقَ وصولِ اللَّبنِ في كلِّ مرَّةٍ إلى الجَوفِ ممَّا لا بدَّ منه.

وهل يُؤثِّرُ لبَنُها الخارجُ مِن غيرِ ثدْيِها الأصليِّ كثَدْيٍ زائدٍ أو منفتحٍ أو مُطلقًا أو على نحوِ تفصيلِ الغُسـلِ بخُـروجِ المَنيِّ مِن غيرِ طريقِـه المُعتادِ؟ فيه نظرٌ، ولعلَّ القياسَ الثَّاني.

(١) في هامش (ع) بخط الإمام الجوهري: «قيد في الغاية أعني قوله: خلطته، كما يؤخذ مما بعده، ويصح عطفه على قوله: وقد انفصل، ويصح عطفه على قوله: بأن كان فيه .. إلخ؛ فليتأمل».

(**وَلَدًا**) حيًّا حياةً مُستقِرَّةً، ذكرًا أو أُنثى، بخلافِ الميِّتِ ومَن في حُكمِه، فلا أثَرَ لإرضاعِه (**صَارَ**) ذلكَ الوَلدُ (**الرَّضِيعُ وَلَدَهَا**) فتثبتَ بينَهما المَحرميَّةُ المُفيدةُ لحُرمةِ المُناكحةِ الآتيةِ، ولجوازِ النَّظرِ والخَلْوةِ وعدمِ نقضِ الطَّهارةِ باللَّمسِ، دونَ بقيَّةِ أحكامِ ولدِ النَّسبِ؛ كالمِيراثِ والنَّفقةِ والعِتقِ بالمِلْكِ وسُقوطِ القِصاصِ وردِّ الشَّهادةِ.

وإنما يصيرُ ولدَها (**بِشَرْطَيْنِ**):

(**أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ لَهُ**) عندَ حُصولِ اللَّبنِ في مَعِدتِه أو دِماغِه في الرَّضعاتِ الخَمسِ الآتيةِ (**دُونَ السَّنَتَيْنِ**) مِن تمامِ انفصالِه يقينًا؛ لخبَرِ التِّرمذيِّ[1] وحسَّنَه: «**لا رَضَاعَ إِلَّا مَا فَتَقَ الْأَمْعَاءَ، وَكَانَ قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ**»، وما وردَ ممَّا يخالِفُه في قصَّةِ سالمٍ مخصوصٌ به كما فهِمَه أزواجُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ما عدا عائشةَ، ومالَ ابنُ المنذرِ إلى أنَّه منسوخٌ.

فلو شكَّ في أنَّ له عندَ واحدةٍ مِن الخَمسِ دونَ السَّنتيْنِ أو أكثَرَ لم يُؤثِّرْ أو أرضعَتْه قبلَ تمامِ انفصالِه فوجهانِ:

أحدُهما: يؤثِّرُ، ورجَّحَه جمْعٌ متأخِّرون منهم البُلقِينيُّ والأَذْرَعِيُّ والزَّرْكَشِيُّ.

والثَّاني: لا يؤثِّرُ، ورجَّحَه شيخُ مشايخِنا[2] وغيرُه، وهو المُوافقُ لأكثرِ النَّظائر.

وأفهَمَ قولُه: «دونَ السَّنتيْنِ» أنَّه لو تمَّ السَّنتانِ في أثناءِ الرَّضعةِ الخامسةِ بعدَ وصولِ شيءٍ مِن اللَّبنِ إلى الجَوفِ لم يُؤثِّرْ، وهو ما نقَلَه جماعةٌ عن ظاهرِ نصِّ «الأمِّ» وغيرِه، لكنِ الأصحُّ عندَ الشَّيخيْنِ خلافُه.

---

(١) «جامع الترمذي» (١١٥٢) من حديث أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(٢) «أسنى المطالب» (٣/ ٤١٦).

وتُعتبَرُ السَّنتانِ بالأهلَّةِ، فإنِ انكسَرَ الشَّهرُ الأوَّلُ كُمِّلَ بالعَددِ مِن الخامسِ والعشرين، وهل العبْرةُ في الانكسارِ بمُجرَّدِ التقامِ الثَّدي وبمَصِّه مثلًا أو بوصولِ شيءٍ مِن اللَّبنِ إلى المَعِدةِ أوِ الدِّماغِ حتَّى لو وقَعَ الالتقامُ والمَصُّ مع ابتداءِ الشَّهرِ لكن لم يَصِلْ اللَّبنُ إلى ما ذُكِرَ إلَّا بعد مُضِيِّ جزءٍ منه حصَلَ الانكسارُ؟ فيه نظرٌ، والأظهرُ أنَّ المُرادَ الثَّاني؛ لأنَّ الوُصولَ هو المُؤثِّرُ إلى ما ذُكِرَ لا غيرَ.

(**وَالثَّانِي: أَنْ تُرْضِعَهُ خَمْسَ رَضَعَاتٍ**) يقينًا، فلو أرضعَتْه أقلَّ مِن الخَمسِ، أو شُكَّ في أنَّها أرضعَتْه خَمسًا أو أقلَّ لم يُؤثِّرْ، أمَّا الثَّاني فللشَّكِّ في سببِ التَّحريمِ، وأمَّا الأوَّلُ فلِما روى مسلمٌ[1] عن عائشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «كان فيما أنزَلَ اللهُ في القرآنِ: عشْرُ رضعاتٍ معلوماتٍ يُحرِّمْنَ، فنُسِخنَ بخمسٍ معلوماتٍ، فتُوفِّيَ رسولُ اللهِ ﷺ وهُنَّ أي: العشْرُ فيما يُقرَأُ مِن القرآنِ». أي: يُتْلَى حُكْمُهنَّ وهو التَّحريمُ الذي صارَ متعلِّقًا بالخمسِ، أو يقرؤُهنَّ مَن لم يبلُغْه النَّسخُ؛ لقرْبِه.

ولا يرِدُ أنَّ هذا الخبرَ آحادٌ فلا تثبُتُ به القرآنيَّةُ الَّتي لا تثبُتُ بالآحادِ؛ لأنَّ الاحتجاجَ به لا يتوقَّفُ على ثبوتِ خُصوصِ القرآنيَّةِ بل يثبُتُ بالآحادِ وإن لم يُثبِتْ خصوصَ القرآنيَّةِ الَّتي ورَدَ بها لثبوتِ العُمومِ به الكافي في ثبوتِ الحكمِ.

وقُدِّمَ مفهومُ هذا الخبرِ على مفهومِ خبرِ مسلمٍ[2] أيضًا: «**لا تُحَرِّمُ الرَّضْعَةُ وَلا الرَّضْعَتَانِ**» لاعتضادِه بالأصلِ، وهو عدمُ التَّحريمِ، ولو حكمَ بتأثيرِ ما دونَ الخمسِ حاكِمٌ يَرَاهُ لم يُنقَضْ حُكْمُه.

(**مُتَفَرِّقَاتٍ**) عُرفًا، فلو قطَعَ الرَّضيعُ إعراضًا، أو قطعَتْه عليه المُرضعةُ ثُمَّ عادَ إليه فيهما تعدَّدَ، أو لنحوِ نومٍ أو لَهوٍ ثُمَّ عادَ فورًا أي: والثَّديُ في فمِه، كما في

(١) «صحيح مسلم» (١٤٥٢).

(٢) «صحيح مسلم» (١٤٥١).

«الأمِّ»[١]، أوِ المُرضعةُ؛ لشـغلٍ خفيفٍ ثُمَّ عـادَتْ إليه، أو تحوَّلَ، أو حوَّلَتْه مِن ثديٍ إلى آخَرَ لم يتعدَّدْ.

ويجـري ذلكَ فيمن حلَفَ لا يأكُلُ في اليومِ إلَّا مـرَّةً فيُعتبَرُ في التعدُّدِ العُرفُ، فلو أكَلَ لُقمةً ثُمَّ أعرَضَ واشـتغَلَ بشُـغلٍ طويلٍ ثُمَّ عـادَ وأكَلَ حنِثَ، ولو أطالَ الأكْلَ على المائدةِ وكان ينتقِلُ مِن لَونٍ إلى لَونٍ ويتحدَّثُ في خلالِ الأكْلِ ويقومُ ويأتِي بالخبزِ عندَ نفاذِه لم يحنَثْ؛ لأنَّ ذلكَ كلَّه يُعَدُّ في العُرفِ أكلةً واحدةً.

ثُـمَّ تعبيـرُه بالإرضـاعِ جَرَى علـى الغالـبِ، والضَّابطُ وصـولُ لبـنِ المَرأةِ المذكـورةِ بعـدَ انفصالِه منهـا في حياتِهـا في خمسِ دفعـاتٍ متفرِّقـاتٍ يقينًا في الجميـعِ، سـواءٌ بقِيَ بحالِه أو لا، كأنْ صـارَ جُبنًا أو زُبـدًا، أو عُجِنَ به دقيقٌ أو خبزٌ، إلَّا أن يكونَ قليلًا، أو النَّارُ قويَّةً بحيثُ يُعلَمُ إتيانُها عليه بحيثُ لا يبْقَى له عينٌ على ما قاله الصَّيْمَرِيُّ، أو خُلِطَ بمائعٍ آخَرَ على ما تقدَّمَ إلى معِدةِ ولدٍ حيٍّ لم يجاوزْ سنتيْنِ، أو إلى دماغِه في خمسِ دفعاتٍ متفرِّقاتٍ عُرفًا، ولو بعدَ موتِ المَرأةِ المَذكورةِ مِن منفذٍ مفتوحٍ إليهما غيرَ الفرْجِ، ولو جراحةً واصلةً إليهما.

وإن تقيَّـأَه في الحـالِ بمَصٍّ أو إيجارٍ أو إسـعاطٍ أو غيرِ ذلـكَ؛ لوصولِه إلى مَحلِّ التَّغذِّي، فلا أثَرَ لتقطيرِه في أُذنٍ أو إحليلٍ؛ إذ لا منفذَ لهما إلى ما ذُكِرَ، ولا لحصولِه فيه بواسـطةِ المَسـامِ بنحو صبِّه في العينِ، ولا بواسطةِ تقطيرِه في الدُّبُرِ لعَدمِ التغذِّي بالتَّقطيرِ فيه.

ومـن هنـا يظهَرُ أنَّه لا أثَرَ لوصولِه لِما عَدا المَعِـدةِ والدِّماغِ، وإن كان في حدِّ الباطنِ المُفطِّرِ للصَّائمِ.

---

(١) «الأم» (٦/ ٧٦).

(وَيَصِيرُ) بالشَّـرطيْنِ المذكوريْـنِ (زَوْجُهَا) أي: زوجُ المَـرأةِ المذكورةِ إن كان صاحِـبَ اللَّبنِ بأنْ ولدَتْ ولـدًا يلحَقُه ما لم يكُنْ[1] من غيرِه، وإن حمَلَتْ مِـن ذلـكَ الغيرِ أو زادَ اللَّبنُ عنـدَ ظهورِ الحَمْلِ، أوِ انقطَعَ اللَّبـنُ ثُمَّ عادَ، فعُلِمَ أنَّ اللَّبـنَ لا يكونُ للزَّوجِ قبلَ ولادةِ مَن يلحقُه ولو بعدَ حمْلِه وإن لم يُوجَدْ إلَّا حينئـذٍ، وهو كذلكَ كما يُصرِّحُ به ما في «الرَّوضةِ»[2] و«أصْلِها»[3] عنِ المُتولِّي فيمـا لـو نُكِحَتِ امرأةٌ لا لبنَ لها فحَبِلَتْ، ونزَلَ لها لبنٌ ممَّا حاصِلُه عدمُ ثبوتِ الحُرمـةِ بينَ الـزَّوجِ ومَنِ ارتضَـعَ منها قبلَ الـولادةِ، وأنَّه لا ينقطِعُ نسـبتُه عنه بانقطاعِه أو بالحَملِ مِن غيرِه بل بالولادةِ مِن الغَيرِ.

(أَبًـا لَـهُ) أي: لذلـكَ الولدِ الـذي أرضعَتْـه وإن كان ماتَ أو فارَقَهـا فيثبُتُ التَّحريـمُ بيـنَ الرَّضيعِ وكلٍّ مِن الـزَّوجِ المذكورِ وأصولِه وفروعِه وحواشِـيه، بخلافِ ما إذا لم يكُنْ صاحبَ اللَّبنِ، بأن نَفَى الولدَ الذي درَّ عليه اللَّبنَ بلعانٍ، فلا يصيرُ أبًا له، ولا تحريمَ بينَهما.

وكالـزَّوجِ فيمـا ذكرْتُه الواطـئُ بملْكٍ أو شُـبهةٍ، وإنِ افترَقَـا في أنَّه يكْفِي في اللُّحوقِ به بالوَطءِ مُجرَّدُ إمكانِه، وإن لم يثبُتْ باعترافِه أو غيرِه بخلافِ الواطئِ بمـا ذُكِـرَ، أمَّا اللُّحوقُ باسـتدخالِ الماءِ فلا يكْفِي مُجرَّدُ الإمـكانِ في الجميعِ، بخـلافِ الواطئِ بزنًا، فله نكاحُ صغيرةٍ ارتضعَتْ بلبنِ مَن ولدَتْ مَن خُلقت[4] مِـن ماءِ زنـاه وإن كُرِهَ كالمَنفِيِّ بلِعانٍ ولو حبِلَتْ مُرضعٌ مُزوَّجةٌ مِن زنًا، فاللَّبنُ قبلَ الوَضعِ للزَّوجِ وبعدَه للزِّنا.

---

(١) في (ع): «تلد».

(٢) «روضة الطالبين» (٩/ ١٩).

(٣) «الشرح الكبير» (٩/ ٥٨٢).

(٤) في (ج): «خلق».

وقد تثبُتُ الأمومةُ دونَ الأُبوَّةِ؛ كأنْ درَّ لبكرٍ أو ثيِّبٍ لا زوجَ لها، أو لها زوجٌ لم تلِدْ منه لبنٌ فأرضَعَتْ منه ولدًا قبلَ ولادتِها، فتصِيرُ أمَّه ولا أبَ له.

وقد تثبُتُ الأبوَّةُ دونَ الأُمومةِ؛ كأنْ كان لرَجلٍ خمسُ مُستولداتٍ أو أربعُ نِسوةٍ وأمُّ ولدٍ، فرضَعَ طفلٌ مِن كلٍّ رَضعةً، صارَ أبًا له ولا أمَّ له.

واعترَضه في «المُهمَّات» بأنَّه مناقِضٌ لقولِهم: لو شرِبَ مِن بهيمةٍ صغيرٌ إن لم يثبُتْ بينَهما أُخوَّةٌ؛ لأنَّ الأخوَّةَ فرعُ الأمومةِ، فإذا لم يثبُتِ الأصلُ لم يثبُتِ الفَرعُ.

ورُدَّ بأنَّه لا تناقُضَ؛ لأنَّ الأبوَّةَ أصلٌ كالأمومةِ، بخلافِ الأخوَّةِ فإنَّها فرعٌ بكلِّ حالٍ.

وما نقَلَه الشَّيخانِ[1] عنِ ابن القاصِّ فيما لو كان تحتَه صغيرةٌ فرضَعَتْ رضعةً مِن كلٍّ مِن مَوطوءاتِه الخَمسِ، وكان اللَّبنُ لغيرِه «مِن أنَّها تحرُمُ عليه؛ لكونِها ربيبتَه» مبنيٌّ على قولِه بثبوتِ الأُمومةِ حينئذٍ، وهو خلافُ ما عليه الجمهورُ.

(**وَيَحْرُمُ عَلَى المُرْضَعِ**) بفتحِ الضَّادِ أي: الرَّضيعِ (**التَّزوِيجُ إِلَيْهَا**) أي: إلى المُرضعةِ (**وَإِلَى كُلِّ مَنْ نَاسَبَهَا**) مِن أصولِها وفروعِها وحواشِيها، بواسطةٍ أو بغيرِها مِن النَّسبِ؛ لأنَّها أمُّه، وأمَّهاتُها وآباؤُها وإن عَلَوْا أمَّهاتُه وآباؤُه، وأولادُها وإن سفَلُوا إخوتُه وأخواتُه وإخوتها وأخواتها وإن سفَلُوا، بواسطةٍ أو بغيرِها، أخوالُه وخالاتُه، بخلافِ أولادِ الإخوةِ والأخواتِ، فهم أولادُ أخوالِه وخالاتِه.

ويُمكِنُ أن يُريدَ بمَنْ ناسَبَها: مَن بينَه وبينَها انتسابٌ مِن أصولٍ وفروعٍ وحواشٍ مِن نسبٍ أو رَضاعٍ؛ إذ لا فرْقَ بينَهما في التَّحريمِ عليه.

---

(١) «الشرح الكبير» (٩/ ٥٧١)، و«روضة الطالبين» (٩/ ١٠).

(**وَيَحْـرُمُ عَلَيْهَا**) أي: المُرضعـةِ (**التَّزْوِيجُ إِلَى المُرْضَـعِ**) بفتحِ الضَّادِ، وهذا معلومٌ ممَّا تقدَّمَ، (**وَ**) إلى (**وَلَدِهِ**) وإن سـفُلَ مِن نَسـبٍ أو رَضاعٍ (**دُونَ مَنْ كَانَ فِـي دَرَجَتِهِ**) كإخوتِه مِن نَسـبٍ أو رَضاعٍ (**أَوْ أَعْلَى مِنْـهُ**) كآبائِه، فلا يحرُمُ عليها التَّزويجُ إليهما.

وكالمُرضعـةِ في ذلـكَ صاحـبُ اللَّبـنِ، فيحرُمُ عليـه التَّزويجُ إلـى الرَّضيعةِ وإلـى بناتِها وإن سـفُلنَ دونَ مَن في درجتِها كأخواتِها، أو أعلـى منها كأمَّهاتِها، والحاصلُ أنَّه ينتشِـرُ التَّحريمُ مِن كلٍّ مِن المُرضعـةِ وصاحبِ اللَّبنِ إلى أُصولِه وفروعِه وحواشِيه، ومنَ الرَّضيعِ إلى فروعِه دونَ أصولِه وحواشِيه.

وتتعلَّـقُ حُرمةُ الرَّضاعِ بالمُصاهرةِ أيضًا، فيحـرُمُ تزوُّجُ مُرضعةِ الزَّوجةِ وإن أبانَهـا، وكما يثبُـتُ بالرَّضاعِ حرمةُ التَّزويـجِ يثبُتُ جوازُ النَّظـرِ والخَلْوةِ وعدمُ نقـضِ الطَّهارةِ باللَّمسِ، دونَ الإرثِ والنَّفقةِ والعِتـقِ بالملْكِ وانتفاءِ القِصاصِ وردِّ الشَّهادةِ.



(فَصْلٌ)
في نَفَقَةِ الأَقَارِبِ وَالمَمَالِيكِ وَالبَهَائِمِ

(**وَنَفَقَةُ الوَالِدِيـنَ وَالمَوْلُودِينَ**) بكسرِ الدَّالِ فيهما، ذكورًا كانـوا أو إناثًا، وارثيـنَ أو غيرَ وارثين، مُسلمينَ أو كفارًا معصومينَ، وإن بَعُدُوا وخالَفُوا في الدِّينِ إن كانوا أحرارًا أو مُبعَّضينَ باعتبارِ ما فيهم مِن الحُرِّيَّةِ.

(**وَاجِبَةٌ**) على المَولودِينَ في الأَوَّلِ والوالدِينَ في الثَّاني، ذكورًا كانوا أو إناثًا، أحرارًا أو مبعَّضينَ، بشرطِ قدرتِهم عليها ولو بكسبٍ، فيلزَمُ الكَسوبَ كسْبُها لا بسؤالٍ ولا قبولِ هديَّةٍ أو وصيَّةٍ، فلا يلزَمانِ، وفضْلِها عن حاجتِهم وحاجةِ ممونِهم؛ كزوجةٍ وخادمِها من نحوِ نفقةٍ وكسوةٍ ومسكنٍ وملبسٍ يومِه وليلتِه التي تليه، وإن كان عليه دَينٌ ويُباعُ فيها وإن لم تصِرْ دَينًا ما يُباعُ فيه مِن عَقارٍ وغيرِه؛ لأنَّها مُقدَّمةٌ على الدَّينِ الذي يُباعُ فيهما ملْكُه، فبيعُه فيها أَوْلى.

والأصلُ في وجوبِها في الأَوَّلِ: قولُه تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[1]، ومِن المُصاحبةِ بالمعروفِ القيامُ بكفايتِهما عند حاجتهما، وخبرُ التِّرمذيِّ[2] وحسَّنَه والحاكمِ[3] وصحَّحَه: «**أَطْيَبُ مَا يَأْكُلُ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ، وَوَلَدُهُ مِنْ كَسْبِهِ**[4]**، فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ**».

وفي الثَّاني: قولُه تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[5]، وإيجابُ

---

(١) سورة لقمان: ١٥.

(٢) «جامع الترمذي» (١٣٥٨) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(٣) «المستدرك» (٢٢٩٤) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(٤) في (ش): «كسبهم».

(٥) سورة الطلاق: ٦.

الأُجرةِ لإرضاعِ الأولادِ يقتضي إيجابَ مؤنتِهم، وقولُه ﷺ لهِندَ: «**خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ**» كما رواه الشَّيخانِ(1).

فعُلِمَ ممَّا تقرَّرَ أنَّها تجِبُ لمسلمٍ على كافرٍ وبالعكسِ، وأنَّها لا تجِبُ لحَربيٍّ ولا مُرتدٍّ كما قاله الأَذْرَعِيُّ(2)؛ لأنَّهما مهدرانِ، ولا لرقيقٍ ولو مكاتبًا، بل نفقةُ غيرِ المُكاتَبِ على سيِّدِه، ونفقةُ المُكاتَبِ مِن كسْبِه، فإن عجَّزَ نفسَه فعلى سيِّدِه، وأنَّ مَن نصْفُه حرٌّ له نصْفُها وعليه جميعُها.

والواجبُ مِن نفقتِهم ما يستقِلُّون به بحيثُ يتمكَّنونَ معَه مِن التَّردُّدِ والتَّصرُّفِ، فلا يكْفِي فيه الاقتصارُ على سدِّ الرَّمقِ، ولا يجِبُ الشِّبعُ كما في «الوجيزِ»، لكن صرَّحَ ابنُ يونسَ بخلافِه؛ لأنَّ تمامَ الاستقلالِ لا يحصُلُ بدونِه، وارْتَضاه غيرُه، وحمَلَ كلامَ «الوجيزِ» على المُبالغةِ فيه.

وكالنَّفقةِ الكسوةُ والسُّكنى، ومؤنةُ الخادمِ إنِ احتاجَ إليه لنحوِ مَرضٍ أو زَمانةٍ، والأُدمُ وإن نازعَ فيه في «التَّهذيبِ»(3)، وأجرةُ الطَّبيبِ والفاصدِ والحاجمِ والخاتنِ، وثمنُ الدَّواءِ وهي غيرُ مقدَّرةٍ، فيُعتبَرُ حالُهم في السِّنِّ والرَّغبةِ والزَّهادةِ، فيجِبُ للطِّفلِ مؤنةُ إرضاعِ حوليْنِ، ولغيرِه ما يليقُ به، ولو قدَرُوا على بعضِ كفايتِهم وجَبَ تتميمُها أو ضيِّفوا بما يشبِعُهم سقطَتْ نفقتُهم لحصولِ كفايتِهم بذلكَ.

ولو أتلَفُوها أو تلِفَتْ في يدِهم بعدَ قبْضِها وجَبَ إبدالُها لهم وضمِنُوا بالإتلافِ.

---

(1) «صحيح البخاري» (٥٣٦٤)، و«صحيح مسلم» (١٧١٤) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(2) «قوت المحتاج» (٧/ ٣٩٤).

(3) «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٦/ ٣٥٦).

قـال الأَذْرَعِـيُّ[١]: ويجِـبُ أن يفرِّقَ بينَ الرَّشـيدِ وغيـرِه، فيضمَنُ الرَّشـيدُ بالإتلافِ دونَ غيرِه لتقصيرِ المُنفِقِ بالدَّفعِ إليه، فهو المُضيِّعُ، وسبيلُه أن يُطعِمَه أو يُوكِّلَ بإطعامِه ولا يُسلِّمُه شيئًا.

قال: ولا خفاءَ أنَّ الرَّشيدَ لو آثَرَ غيرَه بها أو تصدَّقَ بها لا يلزَمُ المُنفقَ إبدالُها.

قال شيخُ مشايخِنا[٢]: وهو ظاهرٌ إن كانت باقيةً وليسَ لهم الاعتياضُ عنها؛ لأنَّها إمتاعٌ لا تمليكٌ.

ولو قال لهم: «كُلُوا معِي» كَفَى، ولا يجِبُ تسـليمُها إليهم، قاله الإمامُ، ولا تصيرُ دَينًا إلَّا بفَرضِ القاضي أو إذنِه في الاقتراضِ لغيبة أو منعٍ، وحيثُ وجَبَ إخدامهُـم فأخدَمَهـم بحرٍّ بنفقتِـه وجبَتْ وكانَـتْ الكفايةُ أيضًا، لكنَّها تسـتقِرُّ بمُضِـيِّ الزَّمـانِ كما رجَّحَـه البُلقِينيُّ؛ لأنَّهـا عِوضٌ عنِ الخدمـةِ، وبها فارقَتْ نفقتَهم وإن كانت تابعةً لها.

ولو تعدَّدَ المُنفقُ مِن المَولودِينَ كاثنيْنِ، فإنِ اسـتوَيَا كابنيْنِ أو بنتيْنِ فعليهما النَّفقـةُ بالسَّـويَّةِ، فإن غابَ أحدُهما أخَذَ قسْـطَه مِـن مالِه، فإن لم يكُـنْ له مالٌ اقتَـرضَ عليه، فإن لم يُمكِنْ أمَرَ الحاكـمُ الحاضرَ مثلًا بالتَّموينِ بقصدِ الرُّجوعِ علـى الغائبِ، أو على مالِـه إذا وجَدَه، وإنِ اختَلَفا فعلى الأقـربِ ولو أُنثى غيرَ وارثٍ، فإنِ استوَيا في القرْبِ فعلى الوارثِ، فإن ورِثَا وتفاوَتَا في الإرْثِ فوجهانِ:

أحدُهما ورجَّحَه اليَمنِيُّ والزَّرْكَشِـيُّ ونقَلَ تصحيحَه عن جمْعٍ: أنَّها عليهما بالسَّويَّةِ[٣].

(١) «قوت المحتاج» (٧/ ٣٩٨). (٢) «أسنى المطالب» (٣/ ٤٤٤).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٣/ ٤٤٦).

وثانيهما وبه جزَمَ في «الأنوارِ»[١]: أنَّها عليهما بحسبِ الإرْثِ، وهو نظيرُ ما رجَّحَه النَّوَوِيُّ[٢] فيمَن له أبوانِ وقلْنا: إنَّ مُؤنتَه عليهما.

أو مِن الوالدِينَ فهي على الأبِ، ثُمَّ الجَدِّ وإن عَلَا، ثُمَّ الأمِّ، وإنِ اجتمَعَ أجدادٌ وجدَّاتٌ فهي على الأقربِ وإن لم يُدْلِ به الآخرُ[٣]، ولوِ اجتمَعَ جدَّانِ أحدُهما عصبةٌ فإن كانا في درجةٍ كأبي الأبِ مع أبي الأمِّ فهي على العصبةِ منهما، وإن كان العَصبةُ أبعَدَ كأبي أبي الأبِ وأبي الأمِّ فهي عليهما بالسَّويَّةِ؛ لتعارضِ القرْبِ والعُصوبةِ، وإنِ استَوَيا عصوبةً أو عدَمها واختلَفَتْ درجتُهما فهي على الأقربِ.

ثُمَّ لوجوبِ نفقةِ الوالدِينَ والمولودِينَ شرائطُ (**فَأَمَّا الْوَالِدُونِ فَتَجِبُ نَفَقَتُهُمْ بِشَرْطَيْنِ**) يعني: بشرطِ وجودِ واحدٍ مِن أمريْنِ، فكلٌّ منهما شرطٌ:

(١) (**الْفَقْرُ**) بألَّا يملِكُوا كفايتَهم مِن نفقةٍ وكسوةٍ ونحوِهما ولا يكونوا مكتسبينَ، (**وَالزَّمَانَةُ**) أي: الَّتي لا يقدِرُ معها على الكسْبِ اللَّائقِ به، وألحَقَ بهما البغوِيُّ[٤] المَرضَ[٥] والعَمَى، ومَشَى عليه الشَّيخانِ[٦] وغيرُهما.

(٢) (**أَوِ الْفَقْرُ وَالْجُنُونُ**).

(**وَأَمَّا المَوْلُودُونَ: فَتَجِبُ نَفَقَتُهُمْ بِثَلَاثَةِ شَرَائِطَ**) أي: بشرطِ وجودِ واحدٍ مِن ثلاثةِ أمورٍ، فكلٌّ منها شرطٌ على البدلِ، ولظهورِ المُرادِ مِن كلامِه في المَوضعيْنِ لم يُبالِ بالتَّسمُّحِ فيه:

(١) (**الْفَقْرُ وَالصِّغَرُ**)،

---

(١) «الأنوار» (٣/ ٩٦).
(٢) «روضة الطالبين» (٩/ ٩٠).
(٣) في (ع): «على الآخر».
(٤) «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٦/ ٣٧٨).
(٥) في (ج): «المرضى».
(٦) «الشرح الكبير» (١٠/ ٦٨)، و«روضة الطالبين» (٩/ ٨٤).

(٢) (أَوِ الْفَقْرُ وَالزَّمَانَةُ)،

(٣) أَوِ الْفَقْـرُ وَالجُنُـونُ) فـإنِ انتَفَى الفقرُ بـأن ملَكُوا كفايتهَـم المذكورةَ أو كانوا مكتسبينَ لم تجِبْ نفقتُهم، وكذا إن لم ينتف ولكن لم يكُنْ لهم شيءٌ مِن الأمورِ المذكورةِ معَه مع قدرتِهم على الكسْـبِ اللَّائـقِ بهم على أحدِ الأقوالِ، وهو قضيَّةُ كلامِ المُصنِّفِ.

وقـال الأَذْرَعِـيُّ: إنَّـه المَذهـبُ الجديـدُ، وفي قـولٍ: تجِـبُ، ورجَّحَـه في «المُحرَّرِ»، وفي آخَرَ: تجِبُ نفقةُ الوالدِينَ دونَ المَولودِينَ، وإيرادُ الشَّـرحيْنِ[1] يُشعِرُ بترجيحِه، ورجَّحَه في «الرَّوضةِ»[2] و«المنهاجِ»[3].

ولا يخْفَى أنَّ حاصلَه عدمُ وجوبِ نفقةِ المَولودِيَن إذا لم تجْرِ عادتُهم بالكسْبِ اللَّائقِ مع القُدرةِ عليه، فإن حلَّ لهم أخْذُ الزَّكاةِ في هذه الحالةِ كان ذلكَ صريحًا في الفـرْقِ بينَ البابيْنِ، وأنَّ ظاهرَ كلامِهم عدمُ وجوبِ نفقتِهم أيضًا إذا جرَتْ عادتُهم بالكسْـبِ، لكنَّهم يشـتغِلُون بالعلْمِ، ولوِ اكتسَبُوا لانقطَعُوا عنه، وإن حلَّ لهم أخْذُ الزَّكاةِ في هذه الحالةِ فقولُ الزَّرْكَشِـيِّ: قد ذكَرُوا في قسْـمِ الصَّدقاتِ أنْ مَن لم تجْرِ عادتُه بالكسْـبِ أو جرَتْ به لكنَّه يشـتغلُ بالعلْمِ ولوِ اكتسَـبَ لانقطَعَ عنه تحِلُّ له الزَّكاةُ فلتجِبْ نفقتُه. انْتَهى. مخالفٌ لكلامِهم صريحًا في الأوَّلِ وظهورًا في الثَّاني.

ولا يُنـافي وجوبُ نفقةِ المَولودِينَ مع الفَقـرِ والصِّغرِ أنَّه يجوزُ للولِيِّ إذا بلَغَ الصَّغيرُ حدًّا يُمكِنُ فيه تعلُّمُ الحِرفةِ أوِ الاكتسابِ اللَّائقِ به أن يحمِلَه على ذلكَ ويُنفِـقَ عليـه منه، لكن لو هرَبَ عـنِ الحِرفةِ أو ترَكَ الاكتسـابَ في بعضِ الأيَّامِ فعَلى الوَليِّ نفقتُه.

---

(١) «الشرح الكبير» (١٠/ ٦٦).

(٢) «روضة الطالبين» (٩/ ٨٣).

(٣) «منهاج الطالبين» (ص ٢٦٥).

والحاصِلُ أنَّه تجِبُ نفقةُ الفقيرِ الغيرِ المُكتسبِ إن عجِزَ عنِ الكسبِ بزَمانةٍ أو غيرِها ممَّا ذُكِرَ، أو كان والدًا دونَ الغَنيِّ ومَن عادتُه في الحالِ الاكتسابُ والدًا كان أو مولودًا، أو كان قادرًا عليه وإن كان مولودًا.

وهذا حاصلُ قولِه في «أصلِ الرَّوضةِ»[1]: مَن له مالٌ يكْفِيه لنفقتِه أو هو مكتسبٌ لا تجِبُ نفقتُه على القريبِ، سواءٌ كان مجنونًا صغيرًا زمِنًا أو خلافَه، ومَن لا مالَ له ولا هو مكتسبٌ يُنظَرُ إن كان به نقصٌ في الحكمِ كالصَّغيرِ والمجنونِ أو في الخلْقةِ كالزَّمِنِ والمَريضِ والأعمى، لزِمَ القريبَ نفقتُه. ثُمَّ قال: وإن لم يكُنْ به نقصٌ في الحكمِ ولا في الخلْقةِ لكنَّه كان لا يكتسِبُ مع القُدرةِ على الكسْبِ، فإن كان مِن الفُروعِ لم تجِبْ نفقتُه على المَذهبِ، وإن كان مِن الأصولِ وجبَتْ على الأظهرِ. انْتَهى.

وحيثُ وجبَتْ نفقةُ الوالدِ وجبَتْ نفقةُ زوجتِه وكسوتُها، قال البغويُّ[2]: دونَ الأدم ونفقةِ الخادمِ؛ لأنَّ فقدَهما لا يثبِتُ الخيارَ.

قال الشَّيخانِ[3]: لكن قياسُ ما ذكَرْنا أنَّ الابنَ يتحمَّلُ ما لزِمَ الأبَ وجوبُهما؛ لأنَّهما واجبانِ على الأبِ مع إعسارِه. انْتَهى.

ومثلُهما السُّكنى، والواجبُ نفقةُ المُعسرينَ كما رجَّحَه البُلقينيُّ نظرًا إلى حالِ الوالدِ، فإن كان له أمُّ ولدٍ وجبَتْ نفقتُها أيضًا، وإن كان له زوجتانِ فأكثَرُ لم تجِبْ إلَّا نفقةٌ واحدةٌ فيدفَعُها الولدُ إليه وهو يوزِّعُها عليهما، ولكلٍّ منهما الفسْخُ لفَواتِ بعضِ حقِّه، فإن ترتَّبن فيه امتنعَ على الأخيرةِ لوجوبِ

(١) «الشرح الكبير» (١٠/ ٦٧).

(٢) «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٦/ ٣٨٦).

(٣) «الشرح الكبير» (١٠/ ٧١)، و«روضة الطالبين» (٩/ ٨٦).

الإتمامِ لها، ولا تجبُ مؤنةُ زوجةِ الولدِ ولا أمِّ ولدِه[١].

(وَنَفَقَةُ[٢] الرَّقِيقِ) أي: مؤنتُه، واجبةٌ في مالِ السَّيِّدِ بقدْرِ الكفايةِ حتَّى ماءُ طهارتِه ولو سفرًا، وترابُ تيمُّمِه إنِ احتاجَه، وكذا أجرةُ الطَّبيبِ وثمنُ الأدويةِ كما في القريبِ بل أَوْلى؛ لأنَّ القريبَ قد يتكلَّفُ تحصيلَه، بخلافِ الرَّقيقِ فيجِبُ له ذلكَ ولو كان أعْمَى أو زَمِنًا أو مدبَّرًا أو مستولدةً، أو آبقًا أو صغيرًا أو مرهونًا أو كسوبًا أو مستأجَرًا، أو موصًى بمنفعتِه أبدًا أو مُعارًا، أو مستحقًّا للقتلِ بحِرابةٍ أو رِدَّةٍ أو نحوِهما؛ لأن قتْلَه بتجويعِه تعذيبٌ يُمنَعُ منه؛ لخبرِ مسلمٍ: «**إِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ**»[٣]، ولأنَّ السَّيِّدَ متمكِّنٌ مِن منْعِ وجوبِها عليه إمَّا بإزالةِ ملْكِه، وإما بقتْلِه؛ لأنَّ له ولايةَ قتْلِه بطريقِه الشَّرعيِّ، وبهذا فارَقَ عدمَ وجوبِ كفايةِ قريبِه إذا كان غيرَ مُحترَمٍ، وذلك[٤] لقولِه تعالى: ﴿**وَهُوَ كَلٌّ عَلَىٰ مَوْلَىٰهُ**﴾[٥]، ولخبرِ: «**لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكِسْوَتُهُ، وَلَا يُكَلَّفُ مِنَ الْعَمَلِ مَا لَا يُطِيقُ**»[٦]، وخبرِ: «**كَفَى بِالْمَرْءِ إِثْمًا أَنْ يَحْبِسَ عَنْ مَمْلُوكِهِ قُوتَهُ**»[٧]، رواهما مُسلمٌ.

---

(١) كتب في هامش «هـ»: «وهذا ما وُجد بخطِّ المؤلف رحمه الله تعالى، ومن نفقة الرقيق إلى كتاب الجنايات لم يوجد بشرحه، بل شرحه شيخنا العلامة سيدي محمد الجوهري الخالدي حين قراءته لهذا الشرح، فسح الله في مدته، آمين».

وفي هامش (ع): «وهذا آخر ما وُجد بخطِّ المؤلف رحمه الله تعالى من شرح هذا الربع، وينبغي التكميل للربع المذكور من شرح الخطيب على هذا الكتاب؛ تتميمًا للفائدة، والله أعلم.

(٢) من هنا إلى أول كتاب الجنايات مثبت من (هـ)، (ج)، (ع) بخط مخالف، وهو من شرح الإمام الجُوهري عليه، إذ هو ساقط من نسخة المؤلف العبادي، كما في هامش (ع)، (هـ).

(٣) «صحيح مسلم» (١٩٥٥).

(٤) ليست في (ع).

(٥) النحل: ٧٦.

(٦) «صحيح مسلم» (١٦٦٢).

(٧) «صحيح مسلم» (٩٩٦).

وقِيسَ بمـا فيهما ما في معناهما، ولأنَّ السَّـيِّدَ يملِكُ كسْبَه وتصرُّفَه فتلزَمُه كفايتُـه باعتبارِ نفسِـه، وإن زادَتْ على كفايةِ أمثالِـه فتُراعَى رغبتُه وزهادتُه كما في نفقةِ القريبِ.

ويُستثْنَى المُكاتَبُ ولو فاسدَ الكتابةِ، فلا تجِبُ كفايتُه على سيِّدِه؛ لاستقلالِه بالكسْـبِ، ولهذا تلزَمُه كفايةُ أرقائِهِ، نعَمْ إنِ احتاجَ لزِمَته كفايتُه كما سـيأتِي في الكتابةِ، وكذا لو عجَّزَ نفسَـه ولم يفسَخْ سـيِّدُه كتابتَه فعليه نفقتُه، قال بعضُهم: وهي مسألةٌ عزيزةُ النَّقلِ.

وتلزَمُـه فطـرةُ المُكاتَـبِ كتابةً فاسـدةً لعَدمِ تكرُّرِهـا كلَّ يـومٍ، ومثْلُه الأمةُ المُزوَّجةُ حيثُ أوجبْنا نفقتَها على زوجِها.

والمُعتبَـرُ في جنـسِ كفايتِه عُرفُ البلدِ بالنِّسـبةِ لأرقَّائِهـم، فيجِبُ أن تكونَ مِـن غالبِ قوتِ رقيـقِ البلدِ وأُدمِهم وكسـوتِهم مِن حِنطةٍ أو شَـعيرٍ وزيتٍ أو سـمنٍ، وقطـنٍ أو صـوفٍ أو غيرِهـا، ولا بدَّ مِـن مراعاةِ حـالِ السَّـيِّدِ أيضًا في يسـارِه وإعسـارِه، فيجِبُ مـا يليقُ بحالِه مـن رفيعِ الجنسِ الغالبِ وخسيسِـه؛ لخبَرِ الشَّـافعي رحمه الله تعالـى: «**لِلْمَمْلُوكِ نَفَقَتُهُ وَكِسْـوَتُهُ بِالْمَعْرُوفِ**» قال: والمَعروفُ عندَنا المعروفُ لمِثلِه ببلدِه[1].

ولـو كان يأكُلُ ويلبَسُ دونَ المُعتادِ غالبًـا بُخلًا أو رياضةً لزِمَه لرقيقِه رعايةُ الغالبِ، ولو تنعَّمَ بما هو فوقَ اللائقِ[2] استُحِبَّ أن يدفَعَ إليه مثْلَه.

ولا يكْفِي سَتْرُ العَورةِ وإن لم يتأَذَّ بحَرٍّ ولا بَردٍ؛ لأن ذلكَ يُعدُّ تحقيرًا له.

---

(١) «الأم» (٦/ ٢٦٢).

(٢) في (ج)، (ع): «الأليق».

قال الغَزَاليُّ: وهذا ببلادِنا إخراجًا لبلادِ السُّودانِ ونحْوِها كما في «المطلبِ». وهو ما يفْهِمُه قولُهم: «من الغالبِ»، فلو كان لا يسْتُرون أصلًا وجَبَ سَتْرُ العورةِ لحقِّ اللهِ تعالى، ويُؤخَذُ مِن التَّعليلِ أنَّ الواجبَ سَتْرُ ما بينَ السُّرَّةِ والرُّكبةِ.

ولو أعْطَى السَّيِّدُ لرقيقِه طعامَه لم يجُزْ له إبدالُه بما يقتَضِي تأخيرُ الأكلِ، إلَّا لمَصلحةِ الرَّقيقِ، ولو فضَّلَ نفيسَ رقيقِه لذاتِه على خسيسِه كُرِهَ في العَبيدِ وسُنَّ في الإماءِ.

وتسقُطُ كفايةُ القِنِّ بمُضِيِّ الزَّمانِ كنفقةِ القَريبِ، فلا تصيرُ دَينًا عليه إلَّا بفَرضِ قاضٍ[1] أو نحْوِه، وقد قال الرُّويانِيُّ: لو قال الحاكمُ لعبدِ رجلٍ غائبٍ: «استلِفْ وأنفِقْ على نفسِكَ» جازَ، وكان دَينًا على سيِّدِه، ولوِ امتنعَ منها السَّيِّدُ أو غابَ باعَ القاضي فيها مالَه كما في نفقةِ القريبِ.

قال بعضُ المُحقِّقين: وتحريرُه أنَّ الحاكمَ يُؤجِّرُ جزءًا مِن مالِه بقدْرِ الحاجةِ، أو جميعَه إنِ احتيجَ إليه أو تعذَّرَ إيجارُ الجزءِ، فإن تعذَّرَ إيجارُه باعَ جزءًا منه بقدْرِ الحاجةِ أو كُلَّه إن احتيجَ إليه أو تعذَّرَ بيعُ الجزءِ.

وهذا كلُّه في غيرِ محجورٍ عليه[2]، أما هو فيتعيَّنُ فعْلُ الأحظِّ مِن بيعِ القِنِّ أو إجارتِه أو بيعِ مالٍ آخَرَ أوِ الاقتراضِ ليوفِيَ مِن مغله، فإن فقَدَ المالَ ولو ببلدِ القاضي فقَطْ فيما يظهَرُ لانتفاءِ سلطنتِه عليه حينئذٍ، والمالكُ حاضرٌ يمتنِعُ[3] مِن إنفاقِه وتعذَّرَتْ إجارتُه أمَرَه ببيعِه أو إعتاقِه دفعًا للضَّررِ، والقصْدُ إزالةُ ملْكِه عنه.

(١) ليست في (هـ). (٢) ليست في (هـ).
(٣) في (هـ): «ممتنع».

فـإنِ امتنَعَ آجرَه الحاكمُ أو باعَه بأن يستدِينَ عليه إلـى اجتماعِ قدْرٍ صالحٍ، فيبيعُ حينئذٍ ما يَفِي به على الأصحِّ في «الرَّوضةِ»، فإن تعذَّرَ بيعُه وإجارتُه فنفقتُه في بيت المالِ، فإن فُقِدَ فعلى المُسلمينَ؛ لأنَّه مِن محاويجِهم.

قـال ابـنُ الرِّفْعَةِ: وتُدفَعُ لمالكِـه؛ لأنَّها عليه وهو المَعنِـيُّ بأنَّه مِن محاويجِ المُسـلمينَ مجَّانًـا، وهـو ظاهـرٌ إن كان السَّـيِّدُ فقيـرًا أو محتاجًا إلـى خدمتِه الضَّروريَّةِ، وإلَّا فينبَغِي أن يكونَ ذلكَ قرضًا. انْتَهى[1].

وهـذا كلُّه في غيـرِ أمِّ الوَلدِ، أمَّا هي فلا تُباعُ قطعًـا ولا يُجبرُ على إعتاقِها في الأصحِّ، بل تؤجَّرُ أو تُزوَّجُ، فإن لم يُمكِنْ فنفقتُها في بيتِ المالِ.

(وَ) كنفقـةِ الرَّقيقِ فيمـا ذُكِرَ نفقةُ (**الْبَهَائِـمِ**) المُحترَمةِ ولـو كلبًا يُقتنى أي: مؤنتُهـا (**وَاجِبَـةٌ**) في نحوِ مالِ المالـكِ (**بِقَدْرِ الْكِفَايَةِ**) إذا لم يـرِدْ التَّصرُّفَ فيها ولا ذبْحَ ما يحِلُّ منها، وإن وصلَتْ إلى حدِّ الزَّمانةِ المانعةِ مِن الانتفاعِ رأسًـا؛ لحُرمـةِ الـرُّوحِ، ولخبَرِ الصَّحيحيـنِ: أنه ﷺ قال: «**دَخَلَتْ امْـرَأَةٌ النَّارَ فِي هِرَّةٍ حَبَسَتْهَا، لا هِيَ أَطْعَمَتْهَا، وَلَا هِيَ أَرْسَلَتْهَا تَأْكُلُ مِنْ خَشَاشِ الْأَرْضِ**»[2]. بفتحِ الخاءِ وكسْرِها، أي: هوامِّها.

والمُرادُ بنفقتِها علفُها وسـقيُها ونحوُهما، والمُـرادُ بكفايتِها وصولُها لأوَّلِ

---

(١) ينظـر: «أسـنى المطالب» (٣/ ٤٥٥) وقـد دخل كلام ابن الرِّفعة في كلام الأذرعي، فلعل سـقط من النسـخ شـيء، وتمامه فيه: قال ابن الرِّفعة وتدفع كفاية الرقيق لمالكه؛ لأن الكفاية عليه وهو المعني بأنـه من محاويج المسـلمين لا للرقيق، قال الأذرعي: وظاهر كلامهم أنـه ينفق عليه من بيت المال أو المسـلمين مجانًا وهو ظاهر إن كان السـيد فقيرًا أو محتاجًا إلى خدمته الضرورية، وإلا فينبغي أن يكون ذلك قرضًا عليه. انتهى.

(٢) رواه البخاري (٣٣١٨)، ومسلم (٢٦١٩) من حديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

الشِّـبعِ والرِّيِّ دونَ غايتِها، ويقومُ مقامَهمـا تخليتُها لترْعَى وتردَ الماءَ إن ألِفَتْ ذلكَ واكتفَتْ به.

قـال الأَذْرَعِيُّ: والظَّاهرُ أنه يجِبُ أن يُلبِسَ الخيلَ والبغالَ والحَميرَ ما يقِيها مِـن الحَـرِّ والبَـردِ الشَّـديدَيْنِ إذا كان ذلكَ يضرُّها ضـررًا بيِّنًا، اعتبارًا بكسـوةِ الرَّقيقِ، ولمَ أر فيه نصًّا. انْتَهى[1].

قال بعضُ المُحقِّقين: وهو ظاهرٌ. انْتَهى، وعليه الفَتْوى.

فـإنِ امتنَعَ مِـن ذلكَ أُجبِرَ في المأكـولِ على بيعٍ أو إجـارةٍ أو علفٍ أو ذبحٍ، وفي غيرِه على الثَّلاثةِ الأُوَلِ صونًا لها عنِ التَّلفِ، فإنِ امتنَعَ مِن ذلكَ كلِّه فعلى الحاكمِ ما يرَاهُ منه، وظاهرٌ أنَّ ما مرَّ في الرَّقيق يأتِي هنا.

فلو كان عنده حيوانٌ يؤكَلُ وآخَرُ لا يؤكَلُ ولم يجِدْ إلَّا نفقةَ أحدِهما وتعذَّرَ بيعُهما، فهل تُقدَّمُ نفقةُ ما لا يؤكَلُ ويذبَحُ المأكولُ أو يُسوَّى بينهما؟

فيهـا احتمـالانِ؛ لأنَّ ابنَ عبدِ السَّـلامِ قال: فـإنْ كان المأكولُ يسـاوي ألفًا وغيرُه يساوِي درهمًا ففيه نظرٌ واحتمالٌ. انْتَهى.

قال بعضُهم: والرَّاجحُ تقديمُ غيرِ المأكولِ في الحالَيْنِ.

وخـرَجَ بالمُحترَمةِ غيرُها كالفَواسـقِ الخَمسِ، فإنَّـه لا تجِبُ نفقتُها وإن لم يجُزْ قتْلُها جُوعًا؛ لخبَرِ مسلمٍ المُتقدِّمِ.

ويحِلُّ استعمالُ البهائمِ كالرَّقيقِ في كلِّ عملٍ (**وَ**) لكِنْ (**لا يُكَلَّفُونَ**) بتغليبِ الفاعلِ على غيرِه لشـرَفِه؛ أي: لا يجوزُ لمالكِهـم أن يُكلِّفَهم (**مِنَ الْعَمَلِ مَا لا**

---

(١) ينظر: «نهاية المحتاج» للرملي (٧/ ٢٤٢).

يُطِيقُونَ) الدَّوامَ عليه، وفي عبارةِ بعضِهم: ويحرُمُ تكليفُها على الدَّوامِ ما لا تطيقُ الدَّوامَ عليه. فعُلِمَ أنَّه لا يجوزُ له أن يُكلِّفَه عملًا على الدَّوام يقدِرُ عليه يومًا أو يومَيْنِ ثُمَّ يعجِزُ عنه، وأنَّه يجوزُ له أن يُكلِّفَه الأعمالَ الشَّاقَّةَ في بعضِ الأوقاتِ، ويجِبُ على الرَّقيقِ[1] بذْلُ جهدِه في العَملِ وترْكُ الكسلِ فيه.

ويُكْرَهُ له أن يقولَ لمالكِه: «رَبِّي» بل يقولُ: «سيِّدِي ومولاي»، وأن[2] يقولَ السَّيِّدُ: «عبْدِي وأَمَتِي»، بل يقولُ: «غُلامِي وجاريتِي» أو «فَتاتِي وفَتاي»، ولا كراهةَ في إضافةِ «ربٍّ» إلى غيرِ المُكلَّفِ كربِّ الدَّارِ وربِّ الغنمِ.

ويُكرَهُ أن يقولَ للفاسقِ أوِ المُتَّهمِ في دِينِه: يا سيدي.

وقال الأَذْرَعِيُّ: هل يجوزُ الحَرْثُ على الحُمُرِ بضمَّتَيْنِ؟ الظَّاهرُ أنَّه إذا لم يضرَّها جازَ، وإلَّا فلا، وفي كُتبِ الحنابلةِ، وهو جارٍ على القواعدِ: أنَّه يجوزُ الانتفاعُ بالحَيوانِ في غيرِ ما خُلِقَ له كالبقرِ للرُّكوبِ أوِ الحَملِ، والإبلِ والحَميرِ للحَرْثِ، وقولُه ﷺ: «**بَيْنَمَا رَجُلٌ يَسُوقُ بَقَرَةً إِذْ أَرَادَ أَنْ يَرْكَبَهَا، فَقَالَتْ: إِنَّا لَمْ نُخْلَقْ لِذَلِكَ**». متفقٌ عليه[3]. المرادُ معظَمُ منافعِها، ولا يلزَمُ منه منْعُ غيرِ ذلكَ. انْتَهى.

خاتمةٌ: يجوزُ لمالكِ الرَّقيقِ مُخارجتُه بشرطِ رِضاهما، فليس لأحدِهما إجبارُ الآخرِ عليها؛ لأنَّها عقدُ مُعاوضةٍ، فاعتُبِرَ فيه التَّراضِي كغيرِه، ولا بدَّ مِن اعتبارِ الصِّيغةِ من الجانبيْنِ، وصريحُها: خارجْتُكَ وما اشتُقَّ منه، وكنايتها: بادلْتُكَ عن كسبِكَ بكذا ونحوِه مِن خراجٍ معلومٍ يُؤدِّيه كلَّ يومٍ أو أسبوعٍ أو شهرٍ أو سنةٍ ممَّا يكسِبُه بحسبِ ما يتَّفقانِ عليه.

---

(١) ليست في (هـ).
(٢) في (هـ): «وأن لا».
(٣) رواه البخاري (٣٤٧١)، ومسلم (١١١٢) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

ويُشتَرطُ أن يكونَ له كسبٌ مباحٌ دائمٌ يَفِي بالخَراجِ فاضلًا عن نفقتِه وكسوتِه إن جعَلَهما فيه، فإن زادَ كسْبُه على ذلكَ فالزِّيادةُ بِرٌّ وتوسيعٌ مِن سيِّدِه له، وإن نقَصَ في بعضِ الأيَّامِ جُبِرَ بالزِّيادةِ في البعضِ الآخرِ.

وأن يكونَ ممَّن يصِحُّ تصرُّفُه لنفسِه لو كان حُرًّا كما هو ظاهرٌ، ولو خارَجَه على ما لا يحتمِلُ لم يجُزْ، ويُلزِمُه الحاكمُ بعدمِ معارضتِه، فقد رَوَى الشَّافعيُّ[1] رحمه الله تعالى بسندِه عن عثمانَ أنه قال في خطبتِه: «لا تكلِّفُوا الصَّغيرَ الكسْبَ فيسرِقَ، ولا الأمَةَ غيرَ ذاتِ الصَّنعةِ فتكسِبَ بفرْجِها». وكذا رواه البيهقِيُّ[2]، ووقَعَ في «النِّهايةِ»[3] عزوُه إلى عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ.

وقد عُلِمَ أنَّ مُؤنتَه تجِبُ حيثُ شُرِطَتْ مِن كسْبِه أو من مالِ سيِّدِه، ولا يُخارِجُ الوَليُّ قِنَّ محجورِه إلا إذا انحصَرَ صلاحُه فيها وتعذَّرَ بيعُه نظيرَ ما في الحجْرِ من بيعِ مالِه بدونِ ثمنِ مثْلِه للضَّرورةِ، وذلكَ لأنَّ فيها تبرعًا وإن كانت بأضعافِ قيمتِه، وهو ممنوعٌ منه.



---

(١) «الأم» (٦/ ٢٦٦). (٢) «السنن الكبير» (٨/ ٨).

(٣) «نهاية المطلب» (١٥/ ٥٧٥) وفيه عزوه لعثمان رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ.

(فَصْلٌ)
فِي نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ

وهي ثالثُ أقسامِ النَّفقةِ نظرًا لأسبابِها، إذ هي منحصِرةٌ في القَرابةِ والملْكِ والزَّوجيَّةِ، وما أوردَ على الحَصْرِ مِن نفقةِ نحْوِ الهديِ والأضحيَّةِ المنذورانِ وغيرِ ذلكَ فمدفوعٌ بأنَّ بعضَها خاصٌّ وبعضَها ضعيفٌ.

وأخَّرَ المُصنِّفُ هذا القسْمَ وإن كان أقواها؛ إذ لا تسقُطُ بمُضيِّ الزَّمانِ لكونِه في مقابلةِ التَّمكينِ مِن التمتُّعِ لطُولِ الكلامِ عليه، فقالَ: (**وَنَفَقَةُ الزَّوْجَةِ المُمَكِّنَةِ**) لزوجِها (**مِنْ نَفْسِهَا**) تمكينًا[1] تامًّا (**وَاجِبَةٌ**) بذلكَ التَّمكينِ، ومنه أن تقولَ مُكلَّفةٌ أو سكرانةٌ أو وليٌّ غيرِهما: متى دفَعْتَ المَهرَ الحالَّ سلَّمْتُ، ويثبُتُ بإقرارِه، أو ببيِّنةٍ به، أو بأنَّها في غيبتِه باذلةٌ للطَّاعةِ، ملازمةٌ للمِسكنِ، ونحوُ ذلكَ.

وسواءٌ في ذلكَ المسلمةُ والكافرةُ والحُرَّةُ والرَّقيقةُ والسَّليمةُ والمريضةُ، فتجِبُ لها كلَّ يومٍ بليلتِه المُتأخِّرةِ عنه كما صرَّحَ به الرَّافعيُّ في الفسْخِ بالإعسارِ.

والمُرادُ أنَّها تجِبُ بطلوعِ الفَجرِ إن كانت ممكنةً عندَه، فإن حصَلَ التَّمكينُ بعدَه وجَبَ لها القِسْطُ أعني قسْطَ ما بقِيَ إلى الفَجرِ بنسبةِ التَّوزيعِ على اليومِ واللَّيلةِ، نعَمْ لو منعَتْه مِن التَّمكينِ بلا عُذرٍ ثُمَّ سلَّمَتْه أثناء اليوم مثلًا لم توزعْ.

ومثْلُه بل أَوْلى ما إذا سلَّمَتْ ثُمَّ منعَتْ ثُمَّ سلَّمَتْ، وذلكَ لتحلُّلِ المُسقطِ، فلم يُمكِنِ التَّوزيعُ معه لتعدِّيها به غالبًا بخلافِه ثَمَّ، فإنه لا مُسقطَ ولا تعدِّيَ، فوجَبَ توزيعُها على زمنَي التَّمكينِ وعدمِه، ومِن ثَمَّ قالُوا تسقُطُ نفقةُ اليومِ

---

(١) في (هـ): «تمكنًا».

بليلتِه بنشوزِ لحظةٍ، ولا توزعُ على زمني الطَّاعةِ والنُّشوزِ؛ لأنَّها لا تتجزَّأُ، ومِن ثَمَّ سُلِّمَتْ دفعةً ولم تفرَّقَ غدوةً وعشيَّةً.

وبما تقرَّرَ عُلِمَ أنَّ ما قاله البُلقينيُّ مِن أنَّه لا يجِبُ القسْطُ مُطلقًا مردودٌ، وإن كان في كلامِ الزَّركشِيِّ ما يُوافِقُه.

وخرَجَ بالتَّامِّ التَّمكينُ الذي ليس بتامٍّ، كما لو مكَّنَتْه ليلًا فقَطْ مثلًا، أو في دارٍ مخصوصةٍ مثلًا فلا نفقةَ لها.

(**وَهِيَ**) أي: نفقةُ الزَّوجةِ (**مُقَدَّرَةٌ**) شرعًا بحسبِ اليَسارِ وغيرِه (**فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ مُوسِرًا**) عند طلوعِ الفَجرِ بأن كان له مالٌ لو كلِّفَ منه مُدَّانِ لم يرجِعْ مسكينَ زكاةٍ بحسبِ المالِ لا الكسبِ؛ إذ لا عبرةَ به هنا (**فَـ**)واجبُه (**مُدَّانِ**) حينئذٍ (**مِنْ غَالِبِ قُوتِهَا**) أي: قوتِ محلِّها مِن بُرٍّ أو غيرِه ولو أَقِطًا كالفِطرةِ، وإن لم يلِقْ بها ولا أَلِفَتْه؛ إذ لها إبدالُه.

قال الشَّيخانِ: فإنِ اختلَفَ غالبُ قوتِ محلِّها أو أصْلُ قوتِه بأن لم يكُنْ فيه غالبٌ وجَبَ لائقٌ به أي بيسارِه أو ضدِّه، ولا عبرةَ بما يتناولُه توسُّعًا أو بُخلًا مثلًا.

ويلزَمُه الأداءُ عقِبَ طلوعِ الفجرِ إن قدَرَ بلا مشقَّةٍ، لكنَّه لا يخاصَمُ، فإن شقَّ عليه فله التَّأخيرُ على العادةِ، وهذا في المُمكِّنةِ عندَ الفجْرِ، أمَّا المُمكِّنةُ بعدَه فيُعتبَرُ حالُه عقِبَ التَّمكينِ.

وعليه تمليكُها حَبًّا، وكذا طحنُه وعجْنُه وخبزُه بنفسِه أو نائبِه، وإنِ اعتادت فِعْلَ ذلكَ بنفسِها، ولو أرادَ أحدُهما بدلَ الحَبِّ لم يُجبَرِ المُمتنعُ، فإنِ اعتاضَتْ عن واجبِها في اليومِ نقدًا أو عرضًا من الزَّوجِ لا غيرِه -كما قاله ابنُ المُقرئِ-

جازَ في الأصحِّ كالقرضِ بجامعِ استقرارِ كلٍّ في الذِّمَّةِ لمعيَّنٍ، ومِن ثَمَّ لم يجزْ نحْوُ الدَّقيقِ والخُبزِ عن حَبٍّ مِن جنسِه؛ لأنَّه ربًا، ولو أكلَتْ مختارةً عندَه على العادةِ معَه أو وحدَها أو أضافَها شخصٌ إكرامًا له سقطَتْ نفقتُها إن أكلَتْ قدْرَ الكفايةِ، وإلَّا رجعَتْ بالتَّفاوتِ كما رجَّحَه الزَّركشِيُّ وقطَعَ به ابنُ العِمادِ. قال: وتُصدَّقُ هي في قدْرِ ما أكلَتْه؛ لأنَّ الأصْلَ عدمُ قبْضِها ما نَفَتْه.

نعَمْ إن كانت قنَّةً أو غيرَ رشيدةٍ اشتُرِطَ إذنُ وليِّها، وبالإذنِ يصيرُ الزَّوجُ كالوكيلِ في الإنفاقِ عليها، وظاهرٌ أنَّ محلَّه حيثُ كان لها حظٌّ فيه، وإلَّا لم يعتَدَّ بإذنِه فيرجَعُ عليه بما هو مقدَّرٌ لها، ولوِ اختلَفَ الزَّوجانِ في قصْدِ التبرُّعِ أوِ الإنفاقِ صُدِّقَ بيمينِه.

هذا (وَ) يجِبُ لها مع ما ذُكِرَ عليه (مِنَ الْأُدْمِ) ما جرَتْ به العادةُ أي عادةُ غالبِ أهلِ محلِّها نظيرَ ما مرَّ في القُوتِ، ومِن ثَمَّ يأتِي هنا ما مرَّ في اختلافِ الغالبِ، ولا يُعتبرُ ما يتناولُه الزَّوجُ تقتيرًا أو ترفُّهًا، وذلكَ لأنَّه مِن المُعاشرةِ بالمَعروفِ المأمورِ بها، إذِ الطَّعامُ لا يُساغُ غالبًا إلا بِه، وبحَثَ الأَذْرَعِيُّ أنَّه إذا كان القُوتُ نحْوَ لحمٍ أو لبنٍ اكتُفِيَ به في حقِّ مَن يعتادُ اقتياتَه وحدَه.

ومثْلُ الأُدمِ في ذلكَ ما تشربُه بقدْرِ الكفايةِ، وهو تمليكٌ كما اقْتَضاه كلامُ الشَّيخيْنِ وغيرِهما، وهو المُعتمدُ خلافًا للزَّرْكَشِيِّ والدَّمِيرِيِّ في أنَّه متاعٌ حتَّى إذا مضَتْ عليه مدَّةٌ ولم تشرَبْه لم تملِكْه، وإذا شربَ غالبُ أهلِ المَحلِّ ماءً مِلحًا وخواصُّه عذبًا وجَبَ ما يليقُ بالزَّوجِ كما قالَاه وأقرَّه بعضُهم.

ويختلِفُ الأُدمُ بالفُصولِ الأربعةِ، فيجِبُ في كلِّ فصلٍ ما يعتادُه النَّاسُ فيه حتَّى الفواكهُ فتكْفِي عنِ الأُدمِ كما اقتضاه كلامُ الشَّيخيْنِ.

قال بعض المُحقِّقين: نعَمْ يتَّجِهُ كما بحَثَه الأذرعِيُّ الرُّجوعُ فيه للعُرْفِ، وأنَّه يجِبُ منه ما يليقُ بالقُوتِ، بخلافِ نحْوِ خلٍّ لمَنْ قوتُها التَّمرُ، وجُبنٍ لمَنْ قوتُها الأقِطُ، ويُقدِّرُه قاضٍ باجتهادِه عندَ تنازعِهما، ويُفاوَتُ فيه قدرًا وجنسًا مِن موسرٍ وغيرِه، فيُفرَضُ ما يليقُ بحالِه وما يليقُ بالمُدَّينِ فأقلَّ.

ويجِبُ لها لَحمٌ يُقدِّرُه الحاكمُ عندَ تنازعِهما باجتهادِه مُعتبَرًا في قدْرِه وجنسِه وزمنِه ما يليقُ بيسارِه وإعسارِه وتوسُّطِه، كعادةِ مَحلِّ الزَّوجةِ في أكْلِه ونوعِه وقدْرِه وزمَنِه كما هو ظاهرٌ، ومِن ثُمَّ تُعتبَرُ عادةُ أهلِ القُرَى مِن عدمِ تناولِهم له إلا نادرًا.

وبحَثَ الشَّيخانِ عدمَ وجوبِ أُدمٍ يومَ اللَّحمِ، وهو محمولٌ على ما إذا كان كافيًا للغداءِ والعشاءِ، ولهما احتمالٌ بوجوبِه على المُوسرِ إذا أوجَبْنا عليه اللَّحمَ ليكونَ أحدُهما غداءً والآخرُ عشاءً، وهو محمولٌ على ما إذا لم يكُنِ اللَّحمُ كافيًا لهما فلا تنافِيَ.

ولو كانت تأكُلُ الخُبزَ وحدَه وجَبَ الأُدمُ ولم يُنظَرْ لعادتِها؛ لِما مرَّ مِن أنَّه مِن المُعاشرةِ بالمَعروفِ، بل له منْعُها مِن ذلكَ كإبدالِ الأشرفِ بالأخسِّ إذا أفْضَى إلى نقْصِ التَّمتُّعِ بها كما يُؤخَذُ ممَّا ذكَرُوه هنا، ولو تبرَّمَتْ بجنسٍ مِن الأُدمِ الواجبِ لها لم يبدلْ لنحوِ رشيدةٍ، أمَّا غيرُها ممَّنْ ليس لها مَن يقومُ بإبدالِه فيبدِلُه لها الزَّوجُ كما بحَثَه الأَذْرَعِيُّ، والأوجَهُ كما بحَثَه أيضًا وجوبُ سِراجٍ لها أوَّلَ اللَّيلِ في مَحلٍّ جرَتِ العادةُ باستعمالِه فيه، ولها إبدالُه بغيرِه.

(وَ) كذا يجِبُ لها (**مِنَ الْكُسْوَةِ**) بضمِّ الكافِ وكسْرِها في كلٍّ مِن فَصلَيِ الشِّتاءِ والصَّيفِ أو نحوِهما على الزَّوجِ (**مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ**) مِن ذلكَ أي: عادةُ محلِّ

الزَّوجةِ، فيجِبُ لها ذلكَ بحسبِ كفايةِ بدنِها ولو أمةً كما هو ظاهرُ إطلاقِهم، حيثُ وجبَتْ نفقتُها ولم يحتَجْ إلى تقديرِها، بخلافِ ما تقدَّمَ لمُشاهدةِ كفايةِ البدنِ المانعةِ مِن وقوعِ التَّنازعِ فيها، ويختلِفُ عددُها باختلافِ مَحلِّ الزَّوجةِ حَرًّا وبَردًا، ومِن ثَمَّ لوِ اعتادُوا للنَّومِ ثوبًا وجَبَ فيما يظهَرُ، وجَوْدَتُها وضدُّها بيسارِه وضِدِّه.

والأوجَهُ عدمُ اعتبارِ عادةِ أهلِ بلدٍ تقصِّرُها كثيابِ الرِّجالِ، وأنَّها لو طلَبَتْ تطويلَها ذراعًا من نصفِ السَّاقِ أُجيبَتْ؛ لِما فيه من زيادةِ سترِها الذي حثَّ الشَّارعُ عليه.

ولا يختلِفُ عددُ الكُسوةِ بيسارِه وضدِّه ولا بحضريتِها وضدِّها، فيجِبُ لها قميصٌ وسراويلُ أو ما يقومُ مقامَه بالنِّسبةِ لعادةِ محلِّها، ومِكْعَبٍ يُداسُ فيه، ويلحَقُ به القَبْقَابُ إلَّا ألَّا يُعتادَ كأهلِ القرى، كما قاله المَاوَرْدِيُّ.

وهذا في كلٍّ مِن الفصليْنِ ويزيدُ في الشِّتاءِ على ذلكَ في المَحلِّ الباردِ جُبَّةً مَحشوَّةً أو نحوَها فأكثَرَ بحسبِ العادةِ، ولوِ اعتيدَ بمَحلٍّ لبْسُ نوعٍ واحدٍ ولو أَدمًا كَفَى، أو لبسُ ثيابٍ رفيعةٍ لا تستُرُ البشَرةَ أُعطيَتْ مِن صفيقٍ يُقارِبُها، ويجِبُ لها توابعُ ذلكَ مِن تِكَّةِ سراويلَ وكُوفِيَّةٍ وزرٍّ نحوِ قميصٍ أو جُبَّةٍ أو طاقيَّةٍ للرَّأسِ، وظاهرٌ أنَّ أجرةَ الخياطةِ وخيْطَه عليه دونَها نظيرَ ما مرَّ في نحوِ الطَّحنِ.

تنبيهٌ: تُعطَى الكُسوةَ أوَّلَ شتاءٍ لتكونَ عن فصْلِه وفصْلِ الرَّبيعِ بعدَه، وأوَّلَ صيفٍ لتكونَ عنه وعنِ الخَريفِ، هذا إن وافَقَ وجوبُها أوَّلَ فصلِ الشِّتاءِ، وإلَّا أُعطِيَتْ وقْتَ وجوبِها ثُمَّ جُدِّدَتْ بعدَ كلِّ ستَّةِ أشهرٍ مِن ذلكَ، فإن تلِفَتْ فيه بلا تقصيرٍ منه لم تبدلْ، فإن تلِفَتْ لسخافتِها أبدَلَها لتقصيرِه كما صرَّحَ به ابنُ الرِّفْعَةِ.

فإن نشَزَتْ أثناءَ الفصلِ سقَطَتْ كسوتُه، فإن أطاعَتْ لم يُحسَبْ بقيَّةُ الفَصلِ؛ لأنَّه بمنزلةِ يومِ النُّشوزِ، وإن ماتَ أحدُهما لم تردَّ، فإن كان قبلَ القبضِ حُسِبَتْ لها بتمامِها على المُعتمدِ.

ويجِبُ لها ما تقعُدُ بحسبِ حالِ الزَّوجِ كَزِلِّيَّةٍ بكسرٍ فتشديدٍ للياءِ: مضربٌ صغيرٌ على متوسِّطٍ صيفًا وشتاءً، وكطِنفِسَةٍ: بساطٌ ثخينٌ له وبرةٌ كبيرةٌ على موسرٍ. قالا: ويُشبِهُ أن يكونَ بعدَ بسطِ زِلِّيةٍ أو حصيرٍ، فإنَّهما لا يُبسطانِ وحدَهما.

وكلِبْدٍ شتاءً وحصيرٍ صيفًا على فقيرٍ؛ لاقتضاءِ العُرفِ ذلكَ، وكذا فراشٌ للنَّومِ ومِخَدَّةٌ، ويجِبُ لها مع ذلكَ لحافٌ أو كساءٌ في الشِّتاءِ أعْنِي وقْتَ البَردِ ولو لم يكُنْ شتاءً، أمَّا في غيرِ وقتِ البَردِ ولو في وقتِ الشِّتاءِ في البلادِ الحارَّةِ فيجِبُ لها رداءٌ أو نحْوُه إن كانُوا ممَّنْ يعتادُون غطاءً غيرَ لباسِهم، أو ينامون عرايا كما هو السُّنَّةُ، ولا يجِبُ تجديدُ هذا كلِّه كالجُبَّةِ إلَّا وقْتَ تجديدِه عادةً.

ويلحَقُ بذلكَ في الوجوبِ آلةُ تنظيفٍ لبدنِها وثيابِها، ويرجِعُ في وقتِ ذلكَ وقدْرِه للعادةِ كمُشْطٍ، قال القَفَّالُ: وخِلالٌ. قال بعضُهم: ويُعلَمُ منه وجوبُ السِّواكِ بالأَوْلى. ودهنٌ ولو مطيَّبًا جرَتْ به العادةُ ولو لجميعِ بدَنِها، وما يُغسَلُ به الرَّأسُ مِن نحْوِ سدرٍ ونحْوِ مَرْتَكٍ لدفْعِ صُنانٍ إن لم يندفِعْ بنحو رمادٍ، أوِ اندفَعَ به لكن كانت شريفةً لم تعتَدْه فيجِبُ لها ذلكَ وإن غابَ عنها لا لبائنٍ حاملٍ وإن أوجَبْنا نفقتَها.

وكذا أجرةُ حمَّامٍ لمَنِ اعتادَتْه ولا ريبةَ فيه بوجهٍ، فتدخلُه كلَّ أسبوعٍ أو شهرٍ مثلًا مرَّةً أو أكثرَ بحسبِ العادةِ للحاجةِ إليه حينئذٍ، ومنِ اقتصَرَ على مرَّةٍ في الشَّهرِ فهو للتَّمثيلِ، وهذا مبنِيٌّ على جوازِ دخولِه وإن كُرِهَ وهو المعتمدُ، خلافًا لمَن حرَّمَ دخولَه إلَّا لضرورةٍ حادثةٍ، وإن أطالَ الأذرعِيُّ في الانتصارِ له.

وكذا ماءُ غُسْـلِ ما تسـبَّبَ عنه لنحوِ ملاعبتِه أو جماعٍ منه أو ولادةٍ ولو بلا بللٍ، لا حيضٌ واحتلامٌ واستدخالُها لذَكَرِه وهو نائمٌ أو مغمًى عليه كما اقتَضَاه تعليلُهم، أو ماءُ وضوءٍ تسبَّبَ عن لمْسِه، أو ماءُ إزالةِ نجاسةٍ مُطلقًا، وكذا دواءٌ وأجرةُ طبيبٍ ونحْوُ حاجمٍ.

ولهـا طعامُ أيَّامِ المَرضِ وأُدْمُها وكسـوتُها وآلةُ تنظيفِهـا وتَصْرِفُه للدواءِ أو غيرِه؛ لأنَّها محبوسةٌ له.

ولها أيضًا آلاتُ أكلٍ وشُربٍ وطبْخٍ؛ كقِدرٍ ومغرفةٍ، وككُوزٍ وجرَّةٍ، وكقصْعَةٍ ونحوِها، ولها نحْوُ إجانةٍ تغسِلُ ثيابَها فيها؛ إذِ المَعيشةُ لا تتِمُّ بدونِ ذلكَ، ومثْلُه إبرِيقُ الوضوءِ والسِّراجُ ومنارتُه إن اعتيدَتْ، ويُرجَعُ في جنسِ ذلكَ للعادةِ لبناءِ البابِ عليها كالنُّحاسِ للشَّـريفةِ والخَزفِ لغيرِها، ويتفاوَتُ فيه المُوسِرُ وضدّه نظيرَ ما مرَّ.

ولها مسـكنٌ يليقُ بها عادةً لعدمِ ملْكِها إبدالَه؛ إذ هو إمتاعٌ بخلافِ ما تقدَّمَ، ولا يُشتَرطُ كونُه ملْكَه، ولو سكَنَ معَها في منزلِها بإذنِها، أو لامتناعِها مِن النُّقلةِ معَه، أو في منزلِ أبيها بإذنِه، أو منَعَه كذلكَ لم تلزَمْه أجرةٌ؛ إذِ الإذنُ العاري عن ذكْرِ عوضٍ منزَّلٌ على الإعارةِ والإباحةِ بخلافِه مع السُّكوتِ.

(وَ) محلُّ ما تقرَّرَ مِن نحوِ المدينِ في الزَّوجِ إذا كان موسـرًا وقد مرَّ بيانُه، فـ (**إِنْ كَانَ مُعْسِرًا**) وهو مَن ليس له مالٌ يكْفِيه العمرَ الغالبَ ولو كان غنيًّا بكسبِه أو نفقـةِ قريبٍ فمسـكينُ الـزَّكاةِ ونحْوُه ممَّن ذُكِرَ معسـرٌ هنـا (**فَـ**)ـواجبُه (**مُدٌّ**) مِـن غالـبِ قوتِ محلِّها كما سـلَفَ (**وَ**) لها معَـه (**مَا يَتَأَدَّمُ بِهِ المُعْسِـرُونَ**) وما يتفكَّهُونه جنسًا وقدْرًا، ويقدِّرُه القاضِي باجتهادِه على حسبِ العادةِ الجاريةِ في

أهْلِ محلِّها، ويجِبُ توابعُ ذلكَ على حسبِ العادةِ أيضًا على ما يَراه باجتهادِه، وقد سلَفَ كلُّ ذلكَ مُستوفًى.

(وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ) ليس بمُوسرٍ ولا مُعسرٍ بل (مُتَوَسِّطًا) بينَهما وهو مَن يملِكُ كفايةَ العُمرِ الغالبِ ولكن لو كُلِّفَ المُدَّينِ رجَعَ مسكينَ زكاةٍ باعتبارِ المالِ، وإن غنِيَ بنحوِ الكسْبِ كما مرَّ (فَـ)ـواجبُه (مُدٌّ وَنِصْفٌ) أي: نصْفُ مُدٍّ مِن ذلك الغالبِ، أعْنِي غالبَ قوتِ محلِّها كما سلَفَ، ولها مع ذلكَ توابعُه كما أشارَ إليه بقولِه: (وَمِنَ الأُدْمِ) قدرًا وجنسًا (وَ) كذا (مِنَ الْكِسْوَةِ الْوَسَطُ) المُعتدلُ على ما يَراه القاضي باجتهادِه.

وهذا كلُّه في حقِّ الزَّوجةِ التي يليقُ بها خدمةُ نفْسِها بأن كانت أمةً أو حرَّةً لم تخدِمْ في بيتِ أبيها (فإن كَانَتْ مِمَّنْ يُخْدَمُ) بالبناءِ للمفعول وهو (مِثْلُهَا) بأن كانت حرَّةً ومثْلُها يُخدَمُ عادةً في بيتِ أبيه مثلًا، بخلافِ من لم تُخدَمْ فيه وإن حصَلَ لها شرفٌ مِن زوجٍ أو غيرِه يعتادُ لأجلِه إخدامُها؛ إذِ الأمورُ الطَّارئةُ لا تُعتبَرُ وحيثُ وجَبَ فواحدةٌ لا أكثرُ مُطلقًا ما لم تمرَضْ فيجِبُ بقدْرِ الحاجةِ.

وله منْعُ مَن لا تُخدَمُ مِن إدخالِ واحدةٍ، ومَن تُخدَمُ مِن إدخالِ ما زادَ، إلَّا لنحْوِ مرضٍ سواءٌ كُنَّ مِلْكَها أم بأجرةٍ، والزَّوجةُ مُطلقًا مِن زيارةِ أبوَيْها وإنِ احتضَرَ، أو مِن شُهودِ جنازتِها، ومنعُهما مِن دخولِهما لها كولدِها مِن غيرِه.

ويحصُلُ الإخدامُ ولو بحُرَّةٍ متبرِّعةٍ؛ لأنَّ المِنَّة عليه لا عليها، أو بأمةٍ له، أو مستأجرةٍ، أو بالإنفاقِ على مَن صَحِبَتْها مِن حُرَّةٍ أو أَمةٍ لخِدمةٍ إن رضِيَ بها، أو صبيٍّ غيرِ مراهقٍ، أو مَحرمٍ لها، أو ممسوحٍ، أو عبدِها، أو مملوكةٍ لها؛ لحُصولِ المقصودِ بجميعِ ذلكَ، لا ذمِّيَّةٍ لمُسلمةٍ، ولا عكسِه كما بحَثَه الأَذْرَعِيُّ، ولا كبيرٍ ولو شَيْخًا هِمًّا.

ولهـا الامتناعُ إذا أخدَمَهـا أحدَ أصولِها أو خدَمَها بنفسِـه، كما له منْعُها مِن خدمـةِ نفْسِـها ليتوفَّرَ لهـا مؤنةُ الخـادمِ، وبما تقـرَّرَ عُلِمَ أنَّ الإخـدامَ إمتاعٌ لا تمليكٌ، وسـواءٌ فيه موسِـرٌ ومعسِـرٌ، وغيرُهما كسـائرِ المُؤنِ خلافًـا لجمْعٍ في المُعسرِ.

تنبيهٌ: يجِبُ على المُعسـرِ والمُتوسِّـطِ مدٌّ للخادمِ مِن جنسِ طعامِ الزَّوجةِ، وعلـى المُعسِـرِ مدٌّ وثلُثٌ على النَّـصِّ؛ لأنَّه ثُلُثا نفقةِ زوجتِه، كمـا أنَّ المُدَّ ثُلُثا نفقةِ المُتوسِّـطِ ولم يجْرِ على منوالِ ذلكَ في المُعسِـرِ؛ لأن المُدَّ أقلُّ النَّفقاتِ، فلا يُجْزئ أقلُّ منه، ويجِبُ له أيضًا أُدمٌ مِن جنسِ أُدمِ المخدومةِ، لكِن لا يجِبُ أن يكـونَ مِـن نوْعِه على الأصحِّ، ويجِبُ له أيضًا كسـوةٌ تليـقُ بحالِه ولو كان متوسِّطًا أو مُعسرًا، ولا يجِبُ له سروايلُ؛ لأنَّه للزِّينةِ وكمالِ السَّتْرِ. انْتَهى.

وهذا كلُّه إذا أيسَرَ بنفقتِها وإن كان مُعسرًا كما سلَفَ، فإن أعسَرَ بها فحُكمُه ما أشارَ إليه بقولِه: (**وَإِنْ أَعْسَرَ**) أي: الزَّوجُ بأقسامه المارَّة (**بِنَفَقَتِهَا**) المُستقبلةِ، فـإن صبَرَتْ وأنفَقَتْ على نفْسِـها صارَتْ دَينًا عليه وإن لـم يفرِضْها القاضي، وإلَّا (**فلها فَسْـخُ النِّكَاحِ**) بأن ترفَعَ أمْرَها إلى القاضي، فيثبُتُ إعسـارُه ببيِّنةٍ أو إقرارٍ، ثُمَّ يفسـخُه بنفسِـه أو نائبِـه، أو يأذَنُ لهـا فيه، وليسَ لها ولـو مع علْمِها بالعَجزِ فسْخُه قبلَ الرَّفعِ ولا بعدَه وقبلَ الإذْنِ فيه.

نعَـمْ إن عجِزَتْ عنِ الرَّفعِ وفسَـخَتْ نَفَذَ ظاهرًا وباطنًـا للضَّرورةِ، ويجِبُ إمهالُـه ثلاثةَ أيَّـامٍ وإن لم يطلُبْه ليتحقَّقَ عجْزُه، فإنَّه قـد يكونُ لعارضٍ فيزولُ، وهي مدَّةٌ قريبةٌ يُتوقَّعُ فيها القدْرةُ بنحْوِ قرضٍ، ولها الخُروجُ لتحصيلِ نفقةٍ وإن أمكَنَ بيتُها حيثُ لا ريبةَ في خروجِها، وإلَّا مَنَعها أو خرَجَ معَها، وعليها رجوعٌ ليلًا، وليسَ لها منْعُه مِن التَّمتُّعِ في غيرِ زمنِ التَّحصيلِ، فإن منعَتْه سقطَتْ نفقتُها

زمنَ المنْعِ فقَطْ، ثُمَّ في صَبيحةِ الرَّابعِ يفسَخُ القاضي أو هي بإذنِه، ولها ذلك ولو قالت: «رضِيتُ بإعسارِه بها أبدًا» لتجدُّدِ الضَّررِ، بخلافِ المَهرِ كما سيأتِي.

وخرَجَ بإعسارِه بها امتناعُه منها مع إيسارِه، سواءٌ حضَرَ أو غابَ لتمكُّنِها مِن تحصيلِها بالحاكمِ، وكذا غيبةُ مالِه بدونِ مسافةِ القَصرِ، فإن كان بها فلها الفسْخُ وبإضافةِ النَّفقةِ لضميرِها إعسارُه بنفقةِ الخادمِ، فلا فسْخَ به، وبالمُستقبلةِ الإعسارُ بأداءِ نفقةِ القاضي، فإنَّه لا فسْخَ بذلكَ كما هو مقرَّرٌ.

(وَكَذَلِكَ) يكونُ لها الخيارُ **(إِنْ أَعْسَرَ)** الزَّوجُ **(بِالصَّدَاقِ)** أو بعضِه **(قَبْلَ الدُّخُولِ)** بها للعَجزِ عن تسليمِ العِوضِ، فأشبَهَ ما إذا لم يقبِضِ البائعُ الثَّمنَ حتَّى حُجِرَ على المُشتري بالفَلَسِ والمَبيعُ باقٍ بعينِه، وإنَّما لم يُفسَخْ بعدَه لتلفِ المُعوضِ وصيرورةِ العِوضِ دَينًا في الذِّمَّةِ.

نعَمْ إن رَضِيَتْ بإعسارِه بذلكَ فلا فسْخَ لها؛ لأنَّ الضَّررَ لا يتجدَّدُ، بخلافِ الإنفاقِ، ولا بدَّ في هذا الفَسخِ أيضًا مِن الرَّفعِ للقاضي كما سلَفَ.



(فَصْلٌ)
فِي الحَضَانَةِ

بفتحِ الحاءِ لغةً مِن الحِضْنِ بكسْرِها، وهو الجَنْبُ لضمِّ الحاضنةِ الطِّفلَ إليه.

وشرعًا: حفْظُ مَن لا يستقِلُّ بأمورِه وتربيتِه بما يصلِحُه ويَقِيهِ عمَّا يضُرُّه، وذلكَ ككبيرٍ ومجنونٍ وصغيرٍ، وهو المذكورُ بقولِه: **(وَإِذَا فَارَقَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ)** بشيءٍ من أنواعِ الفُرقةِ من أنواعِ الحياةِ **(وَلَهُ مِنْهَا وَلَدٌ)** حرٌّ، ذكرًا كان أو غيرَه **(فَهِيَ أَحَقُّ)** مِن سائرِ الأقاربِ **(بِحَضَانَتِهِ)** المارَّةِ لوُفورِ شفقَتِها، فتُقدَّمُ هي ثُمَّ أمَّهاتُها المُدلِينَ لها بالإناثِ الأقربُ فالأقربُ، ثُمَّ أمُّ أبٍ وإن علَا، ثُمَّ أمَّهاتُها المُدلياتِ بإناثٍ كذلكَ، ثُمَّ أختٌ، ثُمَّ خالةٌ، ثُمَّ بنتُ أخٍ أو أختٍ، ثُمَّ عمَّةٌ وأختٌ أو خالةٌ أو عمَّةٌ مِن أبوينِ عليها لأبٍ وهُنَّ لأبٍ عليها لأمٍّ، والأصحُّ سقوطُ كلِّ جدَّةٍ لا ترِثُ دونَ أُنثى غيرِ محرمٍ لم تُدلِ بذكَرٍ غيرِ وارثٍ كبنتِ خالةٍ.

وذلكَ كلُّه **(إِلَى سَبْعِ سِنِينَ)** مِن ولادتِه، وإن كانت لا تنتَهِي الحَضانَةُ بها، بل تبْقَى إلى البُلوغِ، خلافًا للمَاوَرْدِيِّ القائلِ بأنَّ ما بعدَها كفالةٌ.

قال بعضُهم: والخُلْفُ لفظِيٌّ فيما يظهَرُ وإن خالَفَ ما بعدَ السَّبعِ ما قبْلَها في التَّخييرِ وتوابعِه.

(ثُمَّ يُخَيَّرُ) ندبًا الطِّفلُ المُميِّزُ بينَ أبويْهِ وإن أسقَطَ أحدُهما حقَّه قبلَ التَّخييرِ، فلوِ امتنَعَ المُختارُ مِن كفالتِه كفَلَه الآخَرُ، فإن رجَعَ المُمتنِعُ منها أُعيدَ التَّخييرُ، وإنِ امتنَعَا وبعدَهما مستحقَّانِ لها كجدٍّ وجدَّةٍ خُيِّرَ بينَهما، وإلَّا أُجبرَ عليها مَن تلزَمُه نفقتُه؛ لأنَّها مِن جُملةِ الكفالةِ.

ولا بدَّ أن يظهَرَ للحاكِمِ باجتهادِه أنَّه عارفٌ بأسبابِ الاختيارِ، وأن يكونَا أهلًا للحَضانةِ بأن تتوفَّرَ الشُّروطُ الآتيةُ فيهِما، فلو فضَّلَ أحدُهما الآخَرَ دِينًا أو مالًا أو مَحبَّةً لم يُعتبَرْ، بل الخِيرَةُ للمُميِّزِ.

(**فَأَيُّهُمَا اخْتَارَهُ سُلِّمَ إِلَيْهِ**) وذلكَ؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ خيَّرَ غلامًا بينَ أبيه وأمِّه، وألحَقَ به الغُلامةَ بجامعِ احتياجِ كلٍّ إلى الحفْظِ، والمُميِّزُ أعرَفُ بحفْظِه فيُرجَعُ إليه، فإنِ اختارَ أحدَهما ثُمَّ اختارَ الآخَرَ حُوِّلَ إليه؛ لأنه قد يظهَرُ الأمرُ على خلافِ ما ظنَّه، أو يتغيَّرُ حالُ مَنِ اختارَه أوَّلًا.

نعَمْ إن ظُنَّ أنَّ سببَه قلَّةُ عقْلِه فعندَ الأمِّ، وإن بلَغَ كما قبلَ التَّمييزِ، وإذا اختارَ الأبَ ذكَرٌ لم يمنَعْه مِن زيارةِ أمِّه؛ أي: لم يجُزْ له ذلكَ كما صرَّحَ به البَنْدَنِيجِيُّ ودلَّ عليه كلامُ المَاوَرْدِيِّ، أو تكليفُها الخُروجَ لزيارتِه يُؤدِّي للعُقوقِ وقطْعِ الرَّحِمِ، وهو أَوْلَى منها بالسَّعيِ والخُروجِ، وإنِ اختارَتْه أُنثى أو خُنثى منَعَها مِن زيارةِ أمِّها لتألَفَ الصِّيانةَ وعدمَ البُروزِ، والأمُّ أَوْلَى منها بالخُروجِ لزيارتِها لسنِّها وخبْرَتِها.

ولا فرْقَ بينَ المُخدَّرَةِ وغيرِها خلافًا للأَذْرَعِيِّ، وظاهرُ كلامِهم أنَّه لو مكَّنَها مِن زيارتِها لم يحرُمْ عليه، نعَمْ لا يمنَعُها مِن عيادتِه لمَرضٍ لشدَّةِ الحاجةِ حينئذ لكن محلُّه عندَ انتفاءِ رِيبةٍ قويَّةٍ، وإلَّا لم يلزَمْه.

ولا يمنعُ الأبُ دخولَ الأمِّ على الابنِ أوِ البنتِ في بيتِه زائرةً حيثُ لا ريبةَ ولا خلوةَ محرَّمة كما هو ظاهرٌ، لكن لا تُطِيلُ المُكْثَ.

والزِّيارةُ مرَّةٌ في أيَّامٍ على العادةِ، إلا أن يكونَ بيتُها قريبًا، فلا بأسَ بدخولِها كلَّ يومٍ كما قاله المَاوَرْدِيُّ، فإن مرِضَا فالأمُّ أَوْلَى بتمريضِهما، فإن رضِيَ به

في بيتِـه مع انتفاءِ الرِّيبةِ والخَلـوةِ المُحرَّمةِ فذاكَ، وإلَّا ففي بيتِها، ويعودُهما مع الاحترازِ عنِ الخَلوَةِ ما أمكَنَ.

ولا تُمنَـعُ الأمُّ مِـن حُضورِ تجهيزِهِمـا في بيتِه إذا ماتَا، ولـه منْعُها مِن زيارةِ قبْرِهمـا إذا دُفِنَا في ملْكِـه، والحكمُ في العكسِ كذلكَ، ولـو تنازَعَا في الدَّفنِ في تربةِ أحدِهما أُجيبَ الأبُ.

ولـو مرِضَتِ الأمُّ لزِمَ الأبَ تمكينُ الأُنثى مِن تمريضِها إن أحسَـنَتْ ذلكَ، ولا يلزَمُه تمكينُ الذَّكرِ وإن أحسَنَه.

وإذا اختارَ الأمَّ ذكرٌ فعندَها يكونُ ليلًا، وعندَ الأبِ وإن علَا يكونُ نهارًا.

ومثْلُـه وَصِـيٌّ وقيِّمٌ يؤدِّبـه[1] وجوبًـا بتعليمِه طهـارةَ النَّفسِ مِـن كلِّ رَذيلةٍ وتحليتَها بكلِّ محمودٍ، ويُسـلِّمُه وجوبًا بالمكتبِ، اسمٌ لمَحلِّ التَّعليمِ، وسمَّاه الشَّافعيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بالكُتَّابِ كما هو على الألسنةِ تسميةً للمَحلِّ باسمِ الحالِّ فيه، ولـم يُبالِ بكونِه جمْعَ كاتبٍ لظهورِ المعنى المـرادِ، وذلك ليتعلَّمَ منه الكتابةَ، ويُسـلِّمُه كذلكَ لحِرفةٍ ليتعلَّمَها على ما يليقُ بحالِ الولدِ، فليس لأبي الشَّريفِ تعليمُ ولدِه صنعةً تُزْرِي به؛ لأن عليه رعايةَ حظِّه.

وقـد أفْتَى ابنُ الصَّلاحِ في مُطلَّقةٍ بقريةٍ معَها ولدٌ في مكتبٍ وأبوه ببلدٍ بأنَّه إن سقَطَ حظٌّ فالحضانةِ للأبِ. ومثْلُ ذلكَ بالأَوْلى ما إذا كان في إقامتِه عندَها ريبةٌ كما قاله بعضُهم، وأجرةُ ذلكَ في مالِ الولدِ إن كان، وإلَّا فعلى مَن عليه نفقتُه.

وإذا اختارَتْها أُنثى أو خُنثى فعندَها ليلًا ونهارًا، أو يزُورُها الأبُ على العادةِ ولا يزُورُهـا ليـلًا؛ لِما فيه مِـن الرِّيبةِ والتُّهمـةِ، ولو كانت بمَسـكنِ زوجٍ امتنَعَ

(١) في (ج): «ليؤديه».

دخولُـه إلَّا بإذنِه، فإن لم يـأذَنْ أخرَجَتْها إليـه ليَرَاها ويتفقَّـدَ حالَها ويُلاحِظَها بالقيـامِ بمصالحِها، ولها بعـدَ بُلوغِها الانفرادُ عن أبوَيْها ما لـم يثبُتْ فيه ريبةٌ، فلوَلـيِّ نكاحِها منعُها مِـن الانفرادِ، بل يضُمُّها إليـه إن كان مَحرمًا، وإلَّا فلمَنْ يأتمِنُها بمَوضعٍ لائـقٍ ويلاحِظُها، والأوجَهُ كما قاله ابنُ الوَرْدِيِّ في «بهجَتِه»[1] في أمرَدَ ثبتَتْ ريبةٌ في انفرادِه أنَّ لوليِّه منْعَه منه.

فإنِ اختارَهما أُقرِعَ بينَهما لانتفاءِ المُرجِّحِ، وإن لم يختَرْ واحدًا منهما فالأمُّ أَوْلَـى؛ لأنَّها أشـفَقُ، واسـتصحابًا لِما كان، وقيـلَ: يُقرَعُ بينَهمـا؛ إذ لا أولويَّةَ حينئذٍ، ويُرَدُّ بمنْعِ ذلكَ.

ولا بـدَّ في اسـتحقاقِ الحَضانةِ مِن شـرائطَ، ولذلكَ قال: (**وَشَـرَائِطُ**) جمْعُ شَـريطةٍ بمعنى مَشروطةٍ لاستحقاقِ (**الْحَضَانَةِ**) المذكورةِ (**سَبْعَةٌ**) بل أكثَرُ كما ستعرِفُه، وأَتَى بالتَّاءِ لحذفِ المعدودِ، أو تقديرِه مذكَّرًا (**أَشْيَاءَ**):

أحدُهـا: (**الْعَقْلُ**) فلا حضانةَ على حُـرٍّ أو رقيقٍ ابتداءً أو دوامًا لمَنْ به جنونٌ ولو متقطِّعًا لنقْصِه، نعَمْ إن قلَّ كيومٍ في سَنةٍ لم يضُرَّ. قال بعضُهم: ويتَّجِهُ ثبوتُ الحَضانـةِ في ذلكَ اليومِ لوَليِّه. قال: ولـم أرَ لهم كلامًا في الإغماءِ، والأقرَبُ أنَّ الحاكِمَ يَستنِيبُ عنه زمَنَ إغمائِه، ولو قيلَ بمَجيءِ ما مرَّ في وليِّ النِّكاحِ لم يبعُدْ.

(**وَ**) **ثانيهِمُا**: (**الْحُرِّيَّةُ**) الكاملةُ فلا حَضانةَ كذلكَ لمَن فيه رِقٌّ وإن قلَّ لنقْصِه به وإن أَذِنَ له سـيِّدُه فيهـا؛ لأنَّها ولايةٌ وهو ليس مِن أهْلِهـا، وهي على الرَّقيقِ لسـيِّدِه، لكن ليس له نزْعُه مِن أحدِ أبوَيْه قبلَ التَّمييزِ، وقد تثبُتُ للأمِّ القنَّةِ فيما لو أسلَمَتْ أمُّ ولدِ كافرٍ فلها[2] حضانةُ ولدِها التَّابعِ لها في الإسلامِ ما لم تتزوَّجْ

---

(١) «الغرر البهية» (٤/ ٩٧).

(٢) زاد في (ج): «للأمِّ القنَّةِ».

لفراغِها حينئذٍ، إذ يمتنِعُ على السَّيِّدِ قرْبانُها مع وُفورِ شفقَتِها ومعَ تزوُّجِها لا حقَّ للأبِ لكفْرِه.

(وَ) **ثالثُها**: (**الدِّينُ**) أي: الإسلامُ، إذا كان المَحضونُ مُسلمًا، فلا حضانةَ لكافرٍ على مُسلمٍ؛ لأنَّها ولايةٌ، وهو ليس مِن أهْلِها بالنِّسبةِ للمُسلمِ كما لا يخْفَى، ولئلَّا يفتِنَه في دِينِه، وأفهَمَ كلامُ «المنهاجِ» كغيرِه ثُبوتَها للكافرِ على الكافرِ. قال بعضُهم: وهو كذلكَ.

(وَ) **رابعُها**: (**العِفَّةُ**) بالكسرِ، مصدرُ عَفَّ يعِفُّ عَفًّا وعَفافًا وعَفافةً وعِفَّةً إذا كفَّ عمَّا لا يحِلُّ على ما في «الأساسِ»[1] و«المُختارِ»[2]، وعمَّا لا يحِلُّ ولا يَجْمُلُ. على ما في «المُحكمِ»[3] و«القاموسِ»[4].

وشرعًا: اجتنابُ المَنهيَّاتِ وما يُخِلُّ بالمُروءاتِ على جهةِ الرُّسوخِ في الشَّخصِ، فلا يكْفِي اجتنابُها مرَّةً مثلًا، وبهذا تُخصَّصُ عنِ المَعنَى اللُّغويِ، فهي بمَعنَى العَدالةِ، فلا حضانةَ لمَنْ عدِمَها؛ لأنَّها ولايةٌ، وهو ليس مِن أهْلِها، نعَمْ يكْفِي مستورُها كما قاله جمْعٌ.

ولا يُكلَّفُ إثباتُها إن وقَعَ النِّزاعُ بعدَ التَّسليمِ، فإن وقَعَ قبْلَه احتاجَ المُدَّعِي إلى إثباتِها وعليه يُحمَلُ إفتاءُ النَّوويِّ، ولا تُسمَعُ بينةٌ بعدمِ الأهليَّةِ إلا مع بيانِ السَّببِ كالجرحِ.

(وَ) **خامسُها**: (**الأَمانةُ**)، وهي لغةً: ضدُّ الخيانةِ. وشرعًا: بمَعنَى العِفَّةِ، فلو عُبِّرَ عنها بل وعمَّا قبلَهُما بالعَدالةِ لكانَ أظهَرَ وأخصَرَ.

---

(١) «أساس البلاغة» (١/ ٦٦٦). (٢) «مختار الصحاح» (ص٢١٣).

(٣) «المحكم والمحيط الأعظم» (١/ ١٠٢). (٤) «القاموس المحيط» (ص٨٣٨).

(وَ) سادسُها: (الإِقَامَةُ) ببلدِ الطِّفلِ، فلو أرادَ أحدُهما سفَرَ حاجةٍ كان المُميِّزُ وغيرُه مع المُقيمِ حتَّى يعودَ المُسافِرُ، وذلكَ لخطرِ السَّفرِ طويلًا كان أو قصيرًا، فإن أرادَ كلٌّ منهما واختلَفَا مَقصدًا وطريقًا كان عندَ الأمِّ، وإن كان سفرُها أطولَ ومقصِدُها أبعدَ.

فإن أرادَ أحدُهما سفرَ نُقلةٍ فالأبُ أَوْلى به حيثُ توفَّرَتْ فيه شروطُ الحَضانةِ، وإن كان هو المُسافِرُ احتياطًا لحفْظِ النَّسبِ وسهولةِ الإنفاقِ ومصلحةِ نحْوِ التَّعليمِ والصِّيانةِ، نعَمْ إن صحِبَتْه الأمُّ وإنِ اختلف مقصدُهما أو لم تصْحَبْه واتَّحَد مقصدُهما دامَ حقُّها كما لو عادَ لمَحلِّها، ومعلومٌ فيما إذا اختلَفَ مقصدُهما أنَّها تستحِقُّها مدَّةَ صحبتِه لا غيرَ.

وإنَّما يجوزُ سفرُه به بشرطِ أمْنِ طريقِه ومقصدِه، وصلاحيتِه للسُّكْنى، وكونِ الوقتِ ليس في شدَّةِ حَرٍّ أو بَردٍ حيثُ تضرَّرَ بذلكَ كما قيَّدَه الأَذْرَعِيُّ، فإنِ انتَفَى شرطٌ مِن ذلكَ أُقِرَّ عندَ المُقيمِ.

وحيثُ جازَ السَّفرُ به لم يُمنَعْ مِن سلوكِ البحرِ كما مرَّ في الحجِّ، وليس خوفُ الطَّاعونِ مانعًا وإن وُجِدَتْ قرائنُه؛ إذِ الأصلُ عدمُه، والقرائنُ يكثُرُ تخلُّفُها بخلافِ تحقُّقِه؛ لحُرمةِ الدُّخولِ حينئذٍ إلى محلِّه والخُروجِ منه لغيرِ حاجةٍ ماسَّةٍ.

ولو نازعَتْه في أصلِ النُّقلةِ صُدِّقَ بيمينِه، فإن نكَلَ حلَفَتْ وأمسكَتْه.

ومحارمُ العصبةِ نحْوُ أخٍ وعمٍّ؛ كالأبِ في سفرِ النُّقلةِ، بخلافِ مَن لا عُصوبةَ له كأبي أمٍّ وأخٍ لها وخالٍ، ولو أرادَ الأقربُ النُّقلةَ كالأخِ وهناكَ أبعدُ كالعَمِّ كان أَوْلى، بخلافِ الأبِ والجدِّ لكمالِ شفقتِهما.

ومثْلُ المَحارمِ في ذلكَ ابنُ عمٍّ لذكَرٍ، فيأخُذُه عندَ إرادتِه النُّقلةَ لِما مرَّ، ولا يُعطى أُنثى مشتهاةٌ حذرًا مِن الخَلوةِ المُحرَّمةِ لانتفاءِ المَحرميَّةِ بينَهما، فإن رافقَتْه أُنثى محرمٌ سُلِّمَتْ المَحضونةُ إليها؛ لانتفاءِ المَحذورِ حينئذٍ كما قالَه بعضُهم، ويُؤخَذُ منه أنَّها لو كانت محرمًا له ولو بنحوِ رضاعٍ سُلِّمَتْ إليه لانتفاءِ المحذورِ كما سلَفَ.

(وَ) سابُعها: **(الخُلُوُّ)** يعْنِي خلوُّ الأنثى الحاضنةِ **(مِنْ زَوْجٍ)** غيرِ أبي الطِّفلِ وإن عَلَا، دخَلَ بها أو لا، وإن رضِيَ به؛ لِما في الخبَرِ: «**أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي**»[1]، ولشُغلِها عنه بحقوقِ الزَّوجِ.

وإذا سقَطَ حقُّ الأمِّ بذلكَ انتقَلَ لأمِّها ما لم يرْضَ الأبُ والزَّوجُ ببقائِه مع الأمِّ، وإن نازَعَ الأَذْرَعِيُّ في ذلكَ، أمَّا ناكحةُ أبي الطِّفلِ وإن علَا فحضانتُها باقيةٌ.

أمَّا الأبُ فظاهرٌ، وأمَّا الجدُّ فلأنَّه وَليٌّ تامُّ الشَّفقةِ، وقضيَّةُ ما ذُكِرَ أنَّ تزوُّجَها بأبي الأمِّ يُبطِلُ حقَّها، وهو كذلكَ كما قالَه بعضُهم، وإن تناقَضَ فيه كلامُ الأَذْرَعِيِّ.

ويُستثْنَى ممَّا ذُكِرَ ما لو تزوَّجَتْ بمَنْ له حقٌّ في الحَضانةِ في الجملةِ ورضِيَ به، وذلكَ كعمِّه وابن عمِّه وابنِ أخيه أو أختِه؛ لأنَّهم أصحابُ حقٍّ في الحَضانةِ، والشَّفقةُ تحمِلُهم على رعايةِ الطِّفلِ فيتعاونانِ على كفالتِه بخلافِ الأجنبي.

ويُتصوَّرُ نكاحُ ابنِ الأخِ فيما إذا تزوَّجَتْ أختُ الطِّفلِ لأمِّه بابنِ أخِيه لأبيه، فإنَّها تُقدَّمُ على ابنِ أخِيه لأبيه.

---

(١) رواه أبو داود (٢٢٧٦)، والحاكم (٢/ ٢٢٥) من حديث عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.
قال الحاكم: صحيح الإسناد، وحسنه الألباني في «إرواء الغليل» (٧/ ٢٤٤).

وإن كان المَحضـونُ رضيعًـا اشـتُرِطَ أن تُرضِعَـه إن كانت ذاتَ لبنٍ لعُسـرِ استـئجارِ مُرضعـةٍ تتْـركُ منزلَها وتنتقِـلُ إلى منـزلِ الحاضنةِ مـع الاغتناءِ عن ذلكَ بلبنِ الحاضنةِ، فإنِ امتنعَتْ سـقَطَ حقُّها، ولها إن أرضعَتْه أجرةُ الرَّضاعةِ والحَضانةِ، وحينئذٍ يأتِي هنا ما مرَّ فيمن رضِيَتْ بدونِ ما رضِيَتْ به.

ويُشترَطُ أيضًا في حقِّ مَنْ يُباشِرُ الحَضانةَ بنفسِه دونَ مَن يُدبِّرُ الأمرَ ويُباشرُه غيـرُه سـلامةُ الحاضنةِ مِن ألمٍ مُشـغلٍ كفالِجٍ، أو مُؤثِّرٍ في عُسـرِ الحركةِ، ومِن عمًـى إنِ احتاجَتْ للمُباشـرةِ ولـم تجِدْ مَن يتوَلَّـى ذلكَ عنها، سـواءٌ في ذلكَ الكبيـرُ والصَّغيرُ ومَن تغْفُل كما في «الشَّـافِي» للجُرْجَانِيِّ. قال الأَذْرَعِيُّ: وهو حسنٌ متعيَّنٌ في حقِّ غيرِ المُميِّزِ.

ومِن سَـفَهٍ حيثُ صحِبَه حجرٌ كما هو ظاهرٌ، ومِن جُذامٍ وبرَصٍ إن خالَطَه؛ لِما يُخْشى عليه مِن العَدْوى؛ لخبَرِ: «**لا يُورِدُ ذُو عَاهَةٍ عَلَى مُصِحٍّ**»[1]، ومعنى: «**لا عَدْوَى**»[2] أنَّها غيرُ مؤثِّرةٍ بذاتِها، وإنَّما يخلُقُ اللهُ تعالى ذلكَ عندَ المُخالطةِ كثيرًا.

(**فإنِ اختلَّ**) بأنْ فُقِدَ (**منها**) أيٌّ مِن الشُّـروطِ المذكورةِ (**شَـرطٌ**) واحدٌ وإن وُجِـدَ باقِيها (**سـقَطَتِ**) الحَضانةُ؛ أي: لم تكُنْ مسـتحقَّةً لمَـنِ اختلَّ منه ذلكَ كما هو شـأنُ الشَّـرطِ، نعَمْ قد لا تسـقُطُ باختلالِ الخُلوِّ عنْ زوجٍ، وذلكَ فيما لو خالَعَ زوجتَه بألفٍ وحَضانةِ الصَّغيرِ سـنةً، فلا يُؤثِّرُ تزوُّجُها في أثناءِ السَّـنةِ، وذلكَ لكونِ الاستحقاقِ بالإجارةِ، وهو عقْدٌ لازمٌ كذا قاله بعضُهم.

---

(١) رواه البخاري (٥٧٧١)، ومسـلم (٢٢٢١) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لا يُورِدَنَّ مُمْرِضٌ عَلَى مُصِحٍّ».

(٢) رواه البخاري (٥٧١٧)، ومسلم (٢٢٢٠) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

ويُؤخَذُ منه كما قاله بعضُ آخَرُ مِن أنَّه يجوزُ إسقاطُها في مقابلةِ دراهمَ كما في النُّزولِ عنِ الوظائفِ، فإن كمُلَتْ ناقصةٌ أو طُلِّقَتْ منكوحةٌ ولو رجعيًّا حضَنَتْ حالًا، وإن لم تنقَضِ عدَّتُها إن رضِيَ المُطلِّقُ ذو المنزلِ بدخولِ الولدِ له، وذلكَ لزوالِ المانعِ، ومِن ثَمَّ لو أسقَطَتِ الحاضنةُ حقَّها انتقَلَتْ لمَن يَلِيها فإذا رجَعَتْ عادَ حقُّها.

وإن غابَتِ الأمُّ أوِ امتنعَتْ فالحَضانةُ لأمِّها وإن علَتْ، كما لو ماتَتْ أو جُنَّتْ، وقضيَّته عدمِ إجبارِ الأمِّ، ومحلُّه حيثُ لم تلزَمْها نفقتُه، وإلَّا أُجبِرَتْ كما قاله ابنُ الرِّفْعَةِ، ومثْلُها كلُّ أصلٍ يلزَمُه الإنفاقُ.

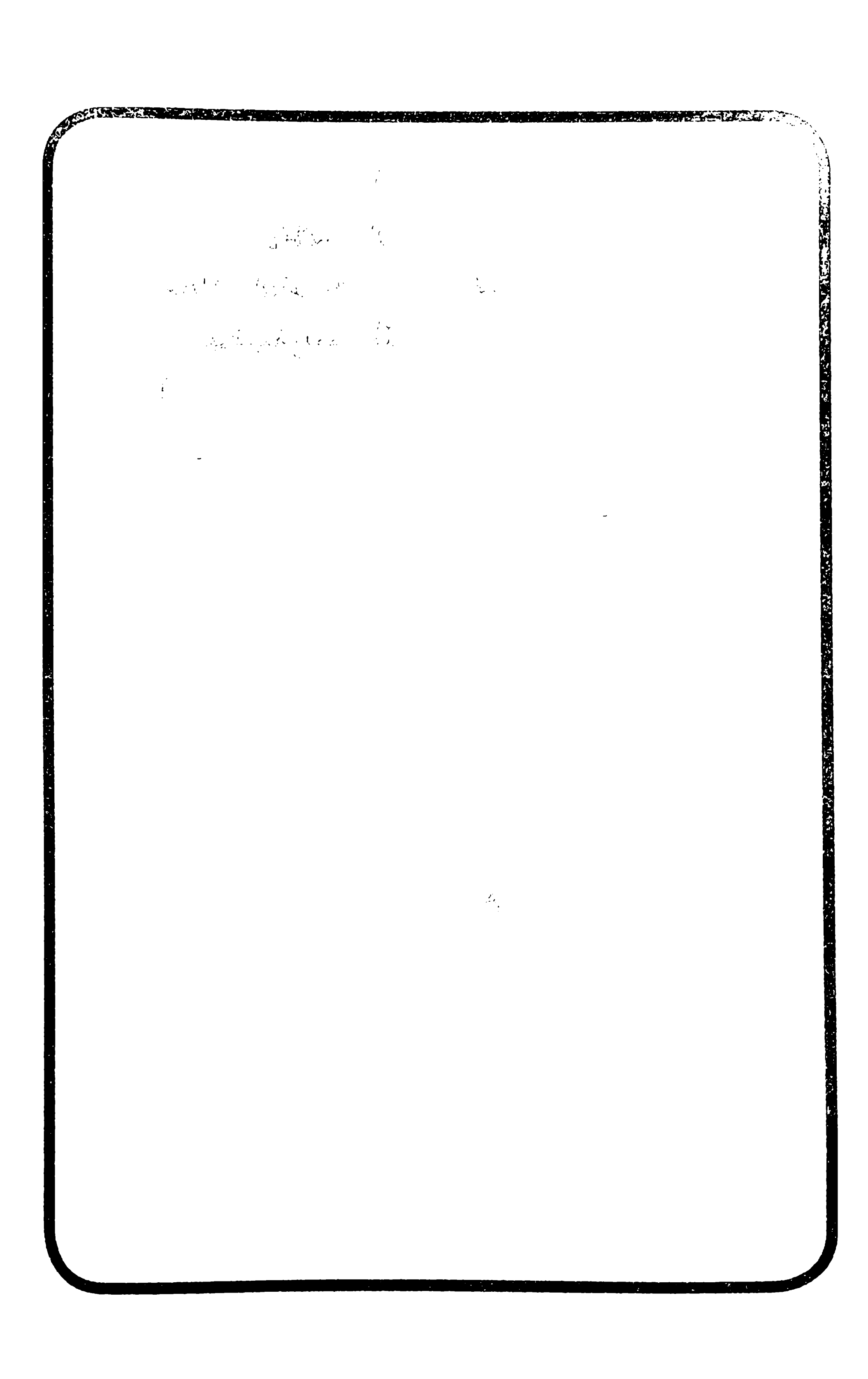
ولو قامَ بكلٍّ مِن الأقاربِ مانعٌ مِن الحَضانةِ رُجِعَ في أمْرِها للقاضي الأمينِ، فيضَعُه عندَ الأصلحِ منهُنَّ أو مِن غيرِهِنَّ كما بحَثَه الأذرعِيُّ وغيرُه، خلافًا للمَاوَرْدِيِّ في تفصيلٍ ذكَرَه، واللهُ أعلَمُ[1].

من قوله: ونفقة الرقيق والبهائم واجبة إلى هنا شرحًا على يد شيخنا محمد الجوهري الخالدي أبو هادي فسح الله في مدته آمين.

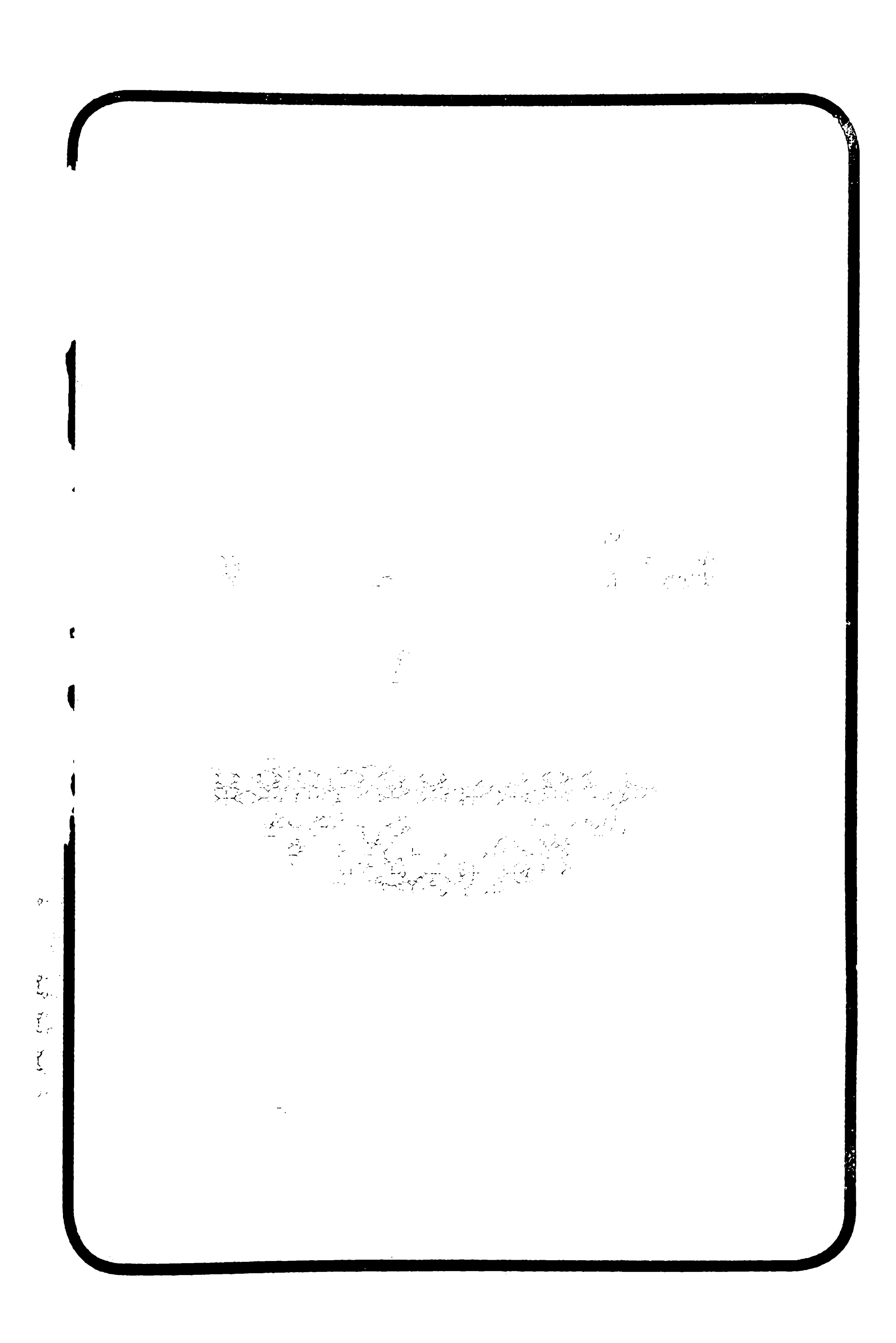


---

(١) كتب في هامش (ج): «من قوله: ونفقة الرقيق والبهائم واجبة إلى هنا على شيخنا محمد الجوهري الصغير الهادي فسح الله في مدته آمين».



(كِتَابُ الجِنَايَاتِ)



(كتاب الجنايات)

جمْعُ جنايةٍ، وهي شاملةٌ للقتْلِ والقطْعِ ونحوِهما.

(**القَتْلُ**) ينقسِمُ (**عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ**) أي: أقسامٍ:

(١) قتْلُ (**عَمْدٍ مَحْضٍ**) أي: خالصٍ مِن شائبةِ الخَطأِ،

(٢) (**وَ**) قتـلُ (**عَمْدِ خَطَأٍ**) بالإضافةِ؛ أي: عمدٍ فيه شـائبةُ الخطأِ، ويُسـمَّى شِبْهُ العَمْدِ،

(٣) (**وَ**) قتلُ (**خَطَأٍ مَحْضٍ**) خالصٍ عن شائبةِ العَمْدِ.

(**فَـ**)ـالقتـلُ (**العَمْدُ الْمَحْضُ**) هو (**أَنْ يَعْمِدَ**) أي: يقصِـدَ الجاني (**إِلَى**) نحْوِ (**ضَرْبِهِ**) أي: المَجنيِّ عليه مِن حيثُ إنَّه ضرْبُ ذلكَ المَجنيِّ عليه المُعيَّنِ (**بِمَا يَقْتُلُ غَالِبًا**) ومنه ما يقتُلُ دائمًا جارحًا كان كالسَّـيفِ والسِّـكينِ والسَّهمِ، أو لا كالعَصا والحَجَرِ الكبيرَيْنِ، فلا بدَّ مِن قصْدِ المَجنيِّ عليه بالجنايةِ.

ومنـه ما في «الرَّوضةِ»[1] قبيلَ الدِّياتِ أنَّه لـو رَمَى إلى جماعةٍ وقصَدَ إصابةَ أيِّ واحدٍ منهم فأصابَ واحدًا وجَبَ القَصاصُ.

وأمَّـا قولُـه: (**وَيَقْصِدَ قَتْلَهُ بِذَلِكَ**) الضَّربِ بما يقتُـلُ غالبًا أي: الذي[2] يقتُلُ غالبًا ففيه نظرٌ؛ لأنَّه لو ضرَبَه بما يقتُلُ غالبًا فقتَلَه كان عَمدًا، وإن لم يقصِدْ قتْلَه بذلـكَ كما هو ظاهرٌ، ولهذا لو ضرَبَ مريضًا جُهِلَ مرضُه ضربًا يقتُلُ المَريضَ دونَ الصَّحيـحِ، أو قصَـدَ تعزيرَه بما يقتُـلُ غالبًا كان عَمدًا مُوجبًـا[3] للقوَدِ مع ظهورِ أنَّه لم يقصِدْ قتْلَه بما ذُكِرَ.

---

(١) «روضة الطالبين» (٩/ ٢٥٤).

(٢) في (ج)، (ن): «أو الذي».

(٣) في (ش): «وجوبًا».

ويُمكِنُ أن يُجابَ بأنَّه أشـارَ بذلكَ إلى قصْدِ عينِ المَجنيِّ عليه، فإنَّ ما قبْلَه ليس صريحًا فيه كما أشرْنا إليه، ولا يخْفَى ما فيه.

(**فَيَجِبُ الْقَوَدُ**) بفتْحِ الواوِ وهو القتْلُ، سُمِّي قودًا؛ لأنَّهم يقُودونَ الجانِيَ إليه بحبْلٍ ونحوِه حالةَ كونِ القَودِ متوجِّهًا (**عَلَيْهِ**) أي: على نحْوِ الضَّاربِ المذكورِ إذا كان نحْـوُ ضرْبِه ظُلمًا مِن حيثُ الإتـلافُ به، فخرَجَ غيرُ الظُّلمِ كالقتلِ قودًا أو دفعًـا لصائلٍ أو باغٍ، والظُّلـمُ مِن حيثُ العُدولُ عنِ الطَّريقِ المُسـتحقِّ كأنِ استحَقَ حزَّ[1] رقبتِه فقَدَّه نصفيْنِ.

(**فَإِنْ عُفِيَ عَنْهُ**) مجَّانًا أو مُطلقًا بأن لم يتعرَّضْ للدِّيَةِ سقَطَ القوَدُ ولم تجِبِ الدِّيَـةُ وإن كان العافِي محجورَ فلسٍ أو سَـفهٍ أو مريضًـا أو وارثَ مديونٍ؛ لأنَّ الواجـبَ القوَدُ عَينًا وليسَ في العفْوِ عنه تضييعٌ، نعَمْ إنِ اختارَ الدِّيَةَ عقِبَ عفْوِه مُطلقًـا وجبَـتْ، أو عُفِيَ عنه على الدِّيَةِ ولو بعدَ عفْوِه عنها ابتداءً سـقَطَ القوَدُ، و(**وَجَبَتْ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ**) عليه، وسيأتِي بيانُ الدِّيَةِ والتَّغليظِ في الفصْلِ الآتِي.

ولو عُفِيَ عنه على بعضِ الدِّيَة جازَ كالعَفْوِ على كلِّها قاله القاضي، أو على غيرِ جنسِ الدِّيَةِ أو على أكثَرَ منها سقَطَ القوَدُ ووجَبَ العفْوُ عنه إن قبِلَ الجاني، وإلَّا فلا، بخلافِ ما لو صالَحَ بعوضٍ فاسدٍ يسقُطُ القوَدُ لرِضى الجاني هناكَ والتزامِه فرجَعَ إلى البدَلِ، ولو منَعَ مِن القوَدِ مانعٌ كوالدَيْه[2] وجبَتِ الدِّيَةُ بلا عفوٍ.

(**وَهِـيَ**) أي: الدِّيَـةُ الواجبةُ (**حَالَّةٌ**) لا مؤجَّلةٌ وكائنةٌ (**فِـي مَالِ الْقَاتِلِ**) يعْنِي لازمةٌ له دونَ العاقلةِ كسائرِ أبدالِ المُتلفاتِ، ولخبَرِ التِّرمذيِّ بذلكَ.

---

(١) في (ش)، (ع): «حزر».

(٢) ليست في (ش).

(**وَالخَطَأُ الْمَحْضُ**) ما يذكرُ (**وَهُوَ**) ذو[1] (**أَنْ يَرْمِيَ سَهْمًا**) أو غيرَه مثلًا (**إِلَى شَيْءٍ**) كصيدٍ وشَجرةٍ ورَجلٍ (**فَيُصِيبَ رَجُلًا**) آخر مثلًا (**فَيَقْتُلَهُ**) بذلك، وحاصِلُه ألَّا يقصَد عينَ المَجنيِّ عليه لا بالخُصوصِ ولا بالعُمومِ، ومثْلُه ألَّا يقصِدَ نفْسَ الفعلِ كأنْ زَلِقَ فوقَعَ على غيرِه، (**فَلَا قَوَدَ**) متوجِّهٌ (**عَلَيْهِ، بَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ دِيَةٌ مُخَفَّفَةٌ**) بما يأتِي في الفصْلِ الآتِي (**عَلَى الْعَاقِلَةِ**) للقاتلِ سُمّوا بذلك لعقْلِهم الإبلَ بفناءِ دارِ المُستحقِّ، ويقالُ: لتحمُّلِهم العقلَ أي: الدِّيَةَ عنِ الجاني، ويقالُ: لمنْعِهم عنه، والمنْعُ يُسمَّى عقْلًا، ومنه عقْلُ الإنسانِ لمنْعِه مِن الفواحشِ.

وهم عصبَتُه المُجمعُ على توريثِهم مِن النَّسبِ، يُقدَّمُ منهم الأقربُ فالأقربُ، والأقربُ الإخوَةُ ثُمَّ بَنُوهم وإن نَزَلُوا، ثُمَّ الأعمامُ ثُمَّ بَنُوهم كالإرْثِ، ويُقدَّمُ مُدلٍ بأبويْنِ على مُدلٍ بأبٍ، فإن عُدِمَتْ عصبةُ النَّسبِ أو لم يَفِ ما عليهم بالواجبِ فعَصبَةُ الولاءِ يُقدَّمُ المُعتقُ ثُمَّ عصبتُه مِن النَّسبِ، ثُمَّ معتقُ المُعتقِ ثُمَّ عصبتُه مِن النَّسبِ وهكذا، ثُمَّ معتقُ أبي الجاني ثُمَّ عصبتُه مِن النَّسبِ ثُمَّ معتقُ المُعتقِ ثُمَّ عصبتُه مِن النَّسبِ وهكذا.

قال البُلْقِينيُّ[2]: وإذا لم يوجَدْ معتقٌ مِن جهةِ الآباءِ انتقَلْنا إلى معتقِ الأمِّ، ثُمَّ إلى عصبتِه، ثُمَّ إلى موالي الجَدَّاتِ من جهةِ الأمِّ ومن جهةِ الأبِ، وموالي الذُّكورِ المُدلينَ بالإناثِ كالجَدِّ أبي الأمِّ ومَنْ جَرَى مَجْراه.

فإن فُقِدَتْ عصبةُ الولاءِ أو لم يَفِ ما عليهم بالواجبِ فبيتُ المالِ في حقِّ القاتلِ المسلمِ دونَ الكافرِ.

---

(١) كذا.

(٢) «التدريب في الفقه الشافعي» (٤/ ١٢٩).

قـال الشَّـيخانِ[١]: وذووا الأرحـامِ لا يتحمَّلـون. قال المُتولِّـي: إلَّا إذا قلْنا بتوريثِهم فيتحمَّلُون عندَ عدمِ العَصباتِ كما يرِثُون عندَ عدمِهم. انْتَهى.

وقضيَّتُـه أنَّهم يُؤخَّرونَ عن بيتِ المالِ عنـدَ انتظامِه لتقدُّمِه في الإرْثِ حينئذٍ عليهم، ويدُلُّ عليه أيضًا قولُ شـيخِ مشـايخِنا[٢]: فإن كان تعذَّرَ ذلكَ أي: أخْذُ الـكلِّ أوِ الباقي مِن بيتِ المالِ لعـدمِ انتظامِ بيتِ المال، أُخِذَ من ذَوي الأرحامِ قبلَ الجانِي. انْتَهى.

والإخـوةُ لـلأمِّ أيضًا يتحمَّلُـون كما في «الأنـوارِ»، والظَّاهرُ كما قال شـيخُ مشايخِنا[٣] أنَّ تحمُّلَ الإخوةِ للأمِّ قبلَ ذوي الأرحامِ للإجماعِ على توريثِهم.

ولا يعقِـلُ أصـلٌ ولا فرعٌ للقاتـلِ أوِ المُعتـقِ أي: وإن عَـلَا، ولا صبِيٌّ ولا مجنونٌ ولا امرأةٌ ولا خُنثى، فإن بانَ ذكرًا غرِمَ حصَّتَه، ولا مسلمٌ عن كافرٍ ولا عكسُه، ولا فقيرٌ ولا رقيقٌ ولا مُبعَّضًا، كما قاله البُلقِينيُّ[٤].

(**مُؤَجَّلَـةٌ**) أي: مُقسَّـطةٌ ومُوزَّعةٌ على العاقلةِ (**فِي ثَلَاثِ سِـنِينَ**) في آخِرِ كلِّ سـنةٍ ثُلُثٌ بأن يأخُذَ في آخِرِ كلِّ سـنةٍ مِن كلِّ غنيٍ، وهو مَن ملَكَ عِشرينَ دينارًا أو قدْرَهـا فاضلةً عن حاجتِـه نِصْف دينارٍ، ومِن كلِّ متوسِّـطٍ وهو مَن ملَكَ ما دونَ العشرينَ وفوقَ رُبُعِ دينارٍ فاضلًا عن حاجتِه رُبُع دينارٍ، ثُمَّ يجمَعُ الحاصلَ ويشتري به الواجبَ مِن الإبِلِ وهو ثُلُثُ الدِّيَةِ.

---

(١) «الشرح الكبير» (١٠/ ٤٦٧)، و«روضة الطالبين» (٩/ ٣٥٠).

(٢) «أسنى المطالب» (٤/ ٨٥).

(٣) «أسنى المطالب» (٤/ ٨٤).

(٤) «التدريب في الفقه الشافعي» (٤/ ٩٢).

فإن كثُرَ المُقدِّمُ مِن العاقلةِ بحيثُ يزيدُ المأخوذُ منه على الواجبِ نقَصَ منه بالقسطِ، وإن لم يَفِ المأخوذُ منه بالواجبِ أُخِذَ الباقي ممَّن يَلِيه وهكذا، فإن كان القاتلُ جماعةً فعلى عاقلةِ كلٍّ منهم في آخِرِ كلِّ سنةٍ ثلُثُ ما يخُصُّهم.

والمُعتقُونَ كالمُعتقِ الواحِدِ؛ لأنَّ الولاءَ لجميعِهم لا لكلٍّ منهم، فإن كانوا أغنياءَ فعلى الكلِّ نصْفُ دينارٍ، أو متوسِّطينَ فربُعٌ، أو مختلفين فعلى كلِّ غنيٍ حصَّتُه من النِّصفِ لو كان الكلُّ أغنياءَ. وعلى المتوسِّط حصَّتُه مِن الرُّبُع لو كان الكلُّ متوسِّطينَ، وكلُّ واحدٍ من عصبةِ كلِّ معتقٍ بمنزلةِ ذلكَ المُعتقِ؛ لأنَّ الولاءَ لكلٍّ منهم فعلى كلٍّ منهم حصَّةٌ تامَّةٌ من نصفِ دينارٍ أو رُبُعِهِ بحَسبِ حالِه.

ويُؤخَذُ ممَّا تقرَّرَ أنَّه يُؤخَذُ مِن الأبعدِ إذا لم يَفِ الأقربُ بالواجبِ، وإن كان مَحجوبًا به، وأنَّه يُؤخَذُ من عَصبةِ المُعتقِ إذا لم يَفِ مَن قبلَهم بالواجبِ ولو في حياةِ المُعتقِ، وأنَّ مَن ماتَ في أثناءِ سنةٍ لا شيءَ عليه، بخلافِ مَن ماتَ بعدَها.

والعبْرةُ في الغِنَى والتَّوسُّطِ[٥] بآخِرِ كلِّ سنةٍ؛ لأنَّه وقْتُ الأداءِ، لا بما قبْلَه ولا بما بعدَه، فلو أيسَرَ آخِرَها ولم يُؤدِّ ثُمَّ أعسَرَ ثبتَ دَينًا في ذمَّتِه، ولوِ افتقَرَ آخِرَها فلا شيءَ عليه مِن واجبِها وإن أيسَرَ فيما بعدَها.

قال المَاوَرْدِيُّ[٦]: ولوِ ادَّعَى الفقْرَ بعدَ الغِنَى حلَفَ، ولا يكلَّفُ البيِّنةَ؛ لأنَّه إنَّما يتحمَّلُ بعدَ العلْمِ بغناه، وفي الكمالِ بالتَّكليفِ والإسلامِ والحُرِّيَّةِ بجميعِ المُدَّةِ، حتَّى لو كان بعضُهم في أوَّلِ الحولِ كافرًا أو رَقيقًا أو صَبيًّا أو مَجنونًا وكمُلَ في آخِرِه لم تؤخَذْ منه حِصَّةُ تلكَ السَّنةِ وما بعدَها.

---

(٥) في (ن): «والمتوسط».

(٦) «الحاوي الكبير» (١٢/ ٣٥٢).

قـال الرَّافِعِيُّ[١]: لأنَّهم ليْسُـوا أهلًا للنُّصرةِ بالبَـدنِ في الابتداءِ، فلا يُكلَّفون النُّصـرةَ بالمـالِ في الانتهاءِ، والمُعسِـرُ كاملٌ أهـلٌ للنُّصرةِ، وإنَّمـا يُعتبَرُ المالُ ليتمكَّنَ مِن الأداءِ فيُعتبَرُ وقْتُه.

وفي الحاجـةِ بما يبْقَى في الكفَّارةِ مِن مسـكنٍ وثيابٍ وسـائرِ مـا يكلَّفُ بيْعُه فيها، وقد تقرَّرَ في الكفَّارةِ أنَّ الصَّحيحَ اعتبارُ حاجةِ العُمرِ الغالبِ.

وأنَّ المُتوسِّـطَ مَـنْ ملَكَ دونَ العشـرينَ، وقضيَّـةُ ذلكَ أنَّ الغنِـيَّ مَنْ ملَكَ عشـرين دينـارًا فاضلةً عن كفايةِ العُمـرِ الغالبِ، وأنَّ المُتوسِّـطَ مَنْ ملَكَ دونَ العشـرين وفوقَ الرُّبُعِ فاضلًا عمَّـا ذُكِرَ، ولا يخْفَى إشـكالُه حينئذٍ، فإنَّه حيثُ ملَـكَ بعدَ كفايةِ العُمرِ الغالبِ قـدْرَ واجبِه فقَطْ، فما وجْهُ اعتبارِ الزِّيادةِ عليه؟! فـإن قيـلَ: ليتميَّـزَ الغنـيُّ عـن المتوسِّـطِ. قلْنـا: التَّميـزُ لا يتوقَّفُ علـى ذلكَ بخصوصِه، فليُتأمَّلْ.

(**وَعَمْـدُ الْخَطَأِ**) ما يذكرُ (**وَهُـوَ أَنْ يَقْصِدَ**) على حـذفِ المضافِ كما تقدَّمَ (**ضَرْبَـهُ**) مثـلًا (**بِمَا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا**) كغرْزِ إبرةٍ بغير مقتـلٍ لم يظهَرْ أثَرُه، وضرْبٍ غيـرِ متوالٍ في غيرِ مقتلٍ، وشـدَّةِ حرٍّ أو ضرْبٍ بسـوطٍ أو عصًـى خفيفيْنِ لمَن يحتمِـلُ الضَّرْبَ بذلكَ[٢] (**فَلَا قَـوَدَ عَلَيه**[٣]**، بَلْ تَجِبُ**) عليه (**دِيَـةٌ مُغَلَّظَةٌ**) بما يأتِـي في الفصْـلِ الآتِي (**عَلَى الْعَاقِلَـةِ**) المُتقدِّمِ بيانُها (**مُؤَجَّلَةٌ فِي ثَلاثِ سِـنين**) على ما تقدَّمَ بيانُه.

(**وَشَـرَائِطُ وُجُوبِ الْقِصَاصِ**) منَ القَصِّ وهـو القَطْعِ ومنه المِقصُّ، وقيلَ: مِن قصَّ الأثَرَ إذا اتَّبَعَه؛ لأنَّ المُقتَصَّ يتْبَعُ الجاني، والتَّعبيرُ به ها هنا بعدَ التَّعبيرِ

---

(١) «الشرح الكبير» (١٠/ ٤٧٩).
(٢) زاد في (ج): «فيَمُوتُ بذلكَ».
(٣) في (ج): «بذلك».

عنه فيما سبَقَ بالقوَدِ[1]، لإفادةِ اتِّحادِهما (**أَرْبَعَةٌ**):

الأوَّلُ والثَّاني: (**أَنْ يَكُونَ الْقَاتِلُ بالِغًا، عَاقِلًا**) فلا قِصاصَ على صَبيٍّ ومجنونٍ، ومثْلُهما النَّائمُ والمُغمَى عليه والسَّكرانُ المَعذورُ، بخلافِ المُتعدِّي بسُكْرِه؛ كمَنْ زالَ عقْلُه بسببٍ مُحرَّمٍ، ولو قال: «كنْتُ وقْتَ القتلِ صبيًّا أو مجنونًا» صُدِّقَ بيمينِه إن أمكَنَ الصِّبا وعُهِدَ الجُنونُ، أو قال: «أنا الآنَ صبيٌّ» وأمكَن ذلكَ فلا قِصاصَ، ولا يحلِفُ، أوِ اتَّفَقَا على زوالِ عقْلِه وادَّعَى هو الجُنونَ والوَلِيُّ السُّكْرَ صُدِّقَ هو بيمينِه، ولو أقامَ بيِّنةً أنَّه كان وقْتَ القتلِ مجنونًا وأقامَ الوارِثُ أُخرى أنَّه كان حينئذٍ عاقلًا تعارَضَا كما في «أصلِ الرَّوضةِ»[2].

(وَ) **الثَّالثُ**: (**أَلَّا يَكُونَ وَالِدًا لِلْمَقْتُولِ**) أو سيِّدَه أبًا أو جدًّا وإن علَا مِن جهةِ الأبِ أوِ الأمِّ، ولا والدةً أُمًّا أو جَدَّةً وإن عَلَتْ كذلكَ، وقد يشمَلُها لفْظُ الوالدِ فلا قِصاصَ على واحدٍ منهما بقتْلِ ولدِه مِن ذكرٍ أو أُنثى وإن سفُلَ وإن كان كافرًا والولدُ مسلمًا، ولا بقتلِ رقيقِ ولدِه بأن كان هر رقيقًا، وهل يُقتَلُ بولدِه المَنفيِّ بلعانٍ؟ وجهانِ أصحُّهما كما اقْتَضاه كلامُ «الرَّوضةِ»[3]: المنعُ.

(وَ) **الرَّابعُ**: (**أَلَّا يَكُونَ الْمَقْتُولُ أَنْقَصَ مِنَ الْقَاتِلِ بِكُفْرٍ**) بأن يكونَا مسلمَيْنِ أو كافرَيْنِ، أوِ القاتلُ كافرًا والمقتولُ مسلمًا (**أَوْ رِقٍّ**) بأن يكونا حُرَّيْنِ أو رَقيقَيْنِ، أوِ القاتلُ رقيقًا والمقتولُ حُرًّا، فلا يُقتَلُ مسلمٌ بكافرٍ.

ويقتَلُ الكافرُ بالمُسلمِ ما لم يكُنْ أصْلُه كما تقدَّمَ، والكافرُ بالكافرِ وإنِ اختلَفَ دينُهما كيهوديٍّ ونَصرانيٍّ وإن أسلَمَ القاتلُ، لكن لا يُقتَصُّ حينئذٍ إلَّا الإمامُ بطلَبِ الوارثِ، ولا يُفوِّضُه للكافرِ حذرًا مِن تسليطِ الكافرِ على المُسلمِ.

---

(١) في (ج): «بالقصاص».

(٢) «الشرح الكبير» (١٠/ ١٥٩).

(٣) «روضة الطالبين» (٨/ ٣٥٩).

ويُقتَـلُ المُرتَدُّ بالمُرتدِّ وبالذِّمِّيِّ، ولا يُقتَلُ الذِّمِّيُّ بالمُرتَدِّ، ولا يُقتَلُ الحَربيُّ بأحدٍ كما لا يقتَلُ به أحدٌ، ولو قتَلَ المُرتَدُّ مثْلَه خطأً أو شـبْهَ عَمدٍ أو عَفَى على مالٍ لم يجِبْ شيءٌ.

ولا يُقتَلُ حُرٌّ برقيقٍ ولا بمُبعَّضٍ، ويُقتَلُ الرَّقيقُ بالحُرِّ والمُبعَّضِ، والمُبعَّضُ بالحُـرِّ، ويُقتَـلُ الرَّقيقُ بالرَّقيقِ وإن عتَـقَ القاتلُ، نعَمْ لا يُقتـلُ المُكاتَبُ برقيقِه ولـو أصْلَه كما صحَّحَه في «أصلِ الرَّوضـةِ»(١)، ولا يُقتَلُ المُبعَّضُ بالرَّقيقِ ولا بالمُبعَّضِ وإن تسـاوَيَا حُرِّيَّةً أو زادَتْ حُرِّيَّةُ المَقتولِ، وإن أوهَمَ كلامُه خلافَه، وفُهِمَ مِن كلامِه أنَّه يُقتَلُ الذَّكرُ بالأُنثى، والشَّـيخُ بالشَّـابِّ، والعالِمُ بالجاهلِ، والشَّريفُ بالخَسيسِ، وبالعكسِ، والكبيرُ بالصَّغيرِ.

(**وَتُقْتَـلُ الْجَمَاعَةُ**) وإن كثُروا (**بِالْوَاحِدِ**) الذي اجتَمُعوا على قتْلِه كأنْ ألْقَوه مِـن عالٍ أو في بحرٍ أو جرَحُـوه جراحاتٍ مجتمعةً أو متفرِّقةً وإن تفاوَتَتْ عددًا وفحشًـا، وإنَّمـا يُعتَـدُّ بالجراحـةِ المُؤثِّرة في الزُّهـوقِ، بخلافِ نحوِ الخَدشَـةِ الخَفيفةِ فلا عِبْرةَ بها، وكأنَّه لم يوجَدْ إلَّا ما سِواها.

وللوَلـيِّ قتْلُ بعضِهم وأخْذُ باقي الدِّيَةِ مِـن الباقينَ، وله الاقتصارُ على أخْذِ الدِّيَـةِ مِـن الجميعِ، وتوزَّعُ الدِّيَـةُ في الحالَيْنِ على عددِ رؤوسِـهم لا على عددِ الجِراحاتِ في صورتِها.

ولو ضرَبُوه بنحوِ سياطٍ فقتَلُوه قُتلوا إن قتَلَ ضَرْبُ كلٍّ لوِ انفرَدَ، أو تواطَئُوا على ضرْبِه وكان ضرْبُ كلٍّ مُؤثرًا في الزُّهوقِ، بخلافِ الجِراحاتِ لا يُعتبَرُ فيها التَّواطؤُ، فإن وقعتِ الضَّرباتُ أو بعضُها اتِّفاقًا فالواجبُ الدِّيَةُ دونَ القِصاصِ،

---

(١) «الشرح الكبير» (١٠/ ١٦٣).

وحيثُ وجبَتِ الدِّيَةُ ابتداءً كما في هذه الحالةِ أو بعدَ العفْوِ عنها كما في الحالتيْنِ الأوَّلتيْنِ وُزِّعَتْ على عددِ الضَّرباتِ دونَ الرُّؤوسِ.

(**وَكُلُّ شَخْصَيْنِ جَرَى**) أي: صحَّ أن يجْرِيَ ويثبُتُ استحقاقُ (**الْقِصَاصِ بَيْنَهُمَا فِي النَّفْسِ**) لو قتَلَ أحدُهما الآخَرَ (**يَجْرِي**) أي: يثبُتُ استحقاقُ القِصاصِ (**بَيْنَهُمَا فِي الْأَطْرَافِ**) والجُروحِ إذا قطَعَ أو جرَحَ أحدُهما الآخَرَ، وكلُّ شخصيْنِ لا يجْرِي القِصاصُ بينَهما في النَّفسِ لا يجْرِي بينَهما في الأطرافِ والجُروحِ، والمعنى أنَّه يُقتَصُّ في الأطرافِ والجروحِ لمَنْ يُقتَصُّ له في النَّفسِ ولا يُقتَصُّ فيها لمَنْ لا يقتصُّ له في النَّفسِ فيُقتَصُّ فيها مِن البالغِ العاقلِ للصَّبيِّ والمَجنونِ، ومِن الولدِ للوالدِ، ومِن الكافرِ للمسلمِ، ومِن المُرتدِّ للمُسلمِ والذِّمِّيِّ، ومِن الرَّقيقِ للمُبعَّضِ والحُرِّ، دونَ العكسِ في الجميعِ، ومِن أحدِ الذِّمِّيَّيْنِ أوِ المُرتدَّيْنِ أو الرَّقيقَيْنِ للآخَرِ، ولا يُقتَصُّ مِن أحدِ المُبعَّضيْنِ للآخَرِ، وإنِ استويا في مقدارِ الرِّقِّ والحُرِّيَّةِ.

وهذا إشارةٌ إلى أنَّ الشُّروطَ السَّابقةَ لِقصاصِ النَّفسِ شروطٌ لِقصاصِ الطَّرفِ كما أشارَ إليه بقولِه الآتِي بعدَ الشَّرائطِ المذكورةِ، لا ضبْطٌ للقِصاصِ في الأطرافِ على الإطلاقِ، فلا يرِدُ عليه أنَّه قد يجْرِي القِصاصُ في النَّفسِ ولا يجْرِي في الأطرافِ كما لو قتَلَ السَّليمُ الأشلَّ، فإنَّه يُقتَصُّ منه، ولو قطَعَه لم يُقطَعْ به كما يُعلَمُ ممَّا يأتِي.

وفرَّقَ الرَّافِعِيُّ[1] أيضًا بأنَّ قِصاصَ النَّفسِ لصِيانةِ الرُّوحِ وقدِ استَوَيا فيها، والشَّللُ والنُّقصانُ[2] لا يحلَّانِها، وقِصاصُ الطَّرفِ لصيانتِه وقد تفاوَتَا فيه، وذكَرَ الغَزَالِيُّ[3] أنَّ قِصاصَ الطَّرفِ يُفارِقُ النَّفسَ في شيئيْنِ: أحدُهما أنَّ قِصاصَ

---

(١) «الشرح الكبير» (١٠/ ٢٠٤). (٢) في (ش)، (ك): «والقصاص».

(٣) «الوسيط في المذهب» (٦/ ٢٨٧).

النَّفسِ يجِبُ بسرايةِ الجُرحِ، ولا يُشتَرطُ في جنايتِها الانضباطُ، بخلافِ قِصاصِ الطَّرفِ فيهِما.

(وَشَرَائِطُ وُجُوبِ الْقِصَاصِ فِي الْأَطْرَافِ) مِن اليديْنِ والرِّجليْنِ **(بَعْدَ)** أي: غيرَ **(الشَّـرَائِطِ الْمَذْكُورَةِ)** لِقصاصِ النَّفسِ المُعتبَرةِ في قِصاصِ الأطرافِ أيضًا كمـا ذكرَ آنفًـا، أو لِقصاصِ الطَّرفِ إجمـالًا في ضمْنِ ما ذكـرَ أي: زيادةً عليها **(اثْنَانِ)** وصحَّ الإخبارُ به عنِ الجمعِ؛ لأنَّه أرادَ به الجنسَ أو أطلَقَه على الاثنيْنِ مجازًا أو حقيقةً على قولٍ:

أحدهما: (الِاشْـتِرَاكُ) بين الطَّرفيـنِ المَجنيِّ عليه والمأخـوذِ قِصاصًا **(فِي الِاسْـمِ الْخَـاصِّ)** لهمـا لتتحقَّـقَ المُماثلـةُ المُعتبَـرةُ في القِصاصِ، فـلا يكْفِي الاشتراكُ في اسمِها العامِّ لفَواتِ المُماثلةِ.

فتؤخَذُ **(الْيُمْنَى)** مِن اليدينِ والرِّجلينِ **(بِالْيُمْنَى)** منهما **(وَ)** تؤخَذُ **(الْيُسْرَى)** منهما **(بِالْيُسْـرَى)** منهما للاشـتراكِ في اسـمِ اليُمنى في الأوَّلِ واسمِ اليُسرى في الثَّاني، ولا تؤخَذُ اليُمنى باليُسـرى ولا اليُسـرى باليُمنى وإنِ اشـترَكَا في مُطلقِ اسمِ اليدِ أوِ الرِّجلِ.

(وَ) الثَّـاني: (أَلَّا يَكُـونَ بِأَحَـدِ الطَّرَفَيْنِ) المَجنـيِّ عليه والمأخـوذِ قِصاصًا دونَ الآخَرِ **(شَـلَلٌ)** وهو بُطلانُ العَملِ وإن لم يـزُلْ الحِسُّ والحَركةُ، فإن كان بأحدِهمـا ذلـكَ دونَ الآخَرِ عنـدَ الجنايةِ لم يُؤخَذِ السَّـليمُ بالأشَـلِّ وإن صارَ السَّـليمُ أشَـلَّ ورضِيَ الجاني لانتفاءِ المُماثلةِ المَبنيِّ عليها القِصاصُ، وتجِبُ حكومةٌ في الأشلِّ كما سيأتِي في الفصلِ الآتِي.

ويؤخَذُ الأشَـلُّ بالسَّـليمِ إن شـاءَ المَجنيُّ عليه وأمِنَ انقطاعَ الدَّمِ بأن كانت

أفواهُ العُروقِ تنسَـدُّ بالحَسمِ بقولِ أهلِ الخِبرةِ؛ لأنَّه رضِيَ بدونِ حقِّه ولا أَرْشَ له للشَّللِ لاستوائِهما في الجُرمِ وإنِ اختلَفَا في الصِّفةِ؛ لأنَّها لا تقابَلُ بمالٍ، كأخْذِ الصَّـاعِ الرَّديءِ بـدلَ الجيِّدِ، بخلافِ مـا إذا لم يُؤمَنْ ذلـكَ لا يُؤخَذُ وإن رضِيَ الجاني حذرًا مِن استيفاءِ النَّفسِ بالطَّرفِ.

ولو عمَّ الشَّـللُ الطَّرفيْنِ فإنِ استَوَى فيهما أُخِذَ كلٌّ منهما بالآخَرِ، لا إن زالَ شـللُ الجانِي، وإن تفاوَتَ جازَ أخْذُ الأعلى شـللًا بالأدونِ؛ لأنَّه دونَ حقِّه، لا إن زالَ شـللُ الجانِي أيضًا، ولا يُؤخَـذُ الأدونُ بالأعْلَى وإن رضِيَ الجانِي، ولا تُؤخَذُ شـلَّاءُ خنصِرٍ بشلَّاءِ بنصِرٍ مثلًا لانتفاءِ المُماثلةِ، ولو شُلَّتْ إصبعاه فقطعَ يدًا كاملةً فإن شـاءَ المَجنِـيُّ عليه لقطَ الأصابعَ الثَّلاثَ السَّـليمةَ وأخَذَ حكومةَ منابتِها وديةَ الإصبعيْنِ، وإن شـاءَ قطَعَ جميعَ اليدِ ولا شيءَ له كما لو عمَّ الشَّللُ جميعَ اليدِ فقطَعَها وأَوْلى.

ولو قطَعَ السَّليمُ يدًا شلَّاءَ فسَرَى القطْعُ إلى النَّفسِ فللمُستحقِّ قطْعُ السَّليمةِ؛ لأنَّ المَقصودَ حينئذٍ هو النَّفسُ، وكالشَّللِ فقْدُ الأظفارِ فلا يُؤخَذُ سليمُ الأظفارِ بفاقدِهـا ويُؤخَذُ فاقدُها بالسَّـليمِ كمـا يُؤخَذُ أحدُ الفاقديْنِ بالآخَـرِ وتكمَّلُ ديةُ فاقدةِ الأظفارِ؛ لأنَّ المُماثلةَ مُعتبرةٌ في القِصاصِ دونَ الدِّيَةِ.

ولا أثَـرَ لنحْـوِ بَرصٍ وتغيُّـرِ أظفارٍ بنحْـوِ سـوادٍ، وتُؤخَـذُ الأذُنُ الصَّحيحةُ بالشَّلَّاءِ، والأنفُ الصَّحيحُ بالأشلِّ لبقاءِ المَنفعةِ مِن جمْعِ الصَّوتِ والرِّيحِ.

(**وَكُلُّ عُضْـوٍ أُخِـذَ**) بالجِنايةِ (**مِنْ مَفْصِلٍ**) كاليدِ تُقطَـعُ مِن الكُوعِ أوِ المِرفَقِ (**فَفِيـهِ القِصَاصُ**) بقطْعِ مثْلِه مِـن المَجنيِّ عليه مِن ذلكَ المَفصلِ، لا مِن مَفصلٍ آخَرَ ولو دونَ حقِّه، فلو قُطِعَتْ يدُه مِن مِرفقِه فله قطْعُ يدِ المَجنيِّ عليه مِن مِرفقِه لا مِن كُوعِه، أو مِن كُوعِه فله قطْعُ المجنيِّ عليه مِن كُوعِه.

وليسَ لـه التقاطُ أصابعِه، وذلكَ لعُدولِه عن محـلِّ الجنايةِ مع القُدرةِ عليه، فإن خالَفَ عُزِّرَ في الصُّورتيْنِ، وله في الصُّورةِ الثَّانيةِ العَودُ لقَطْعِ الكفِّ لا طلَبُ حكومتِه، بخلافِ ما لو قطعَه مِن نصْفِ ساعدِه فلقَطَ أصابعَه يمتنِعُ عليه العَودُ لقطْعِ كفِّه؛ لأنَّه لا يصِلُ بقطْعِ الكفِّ لتمامِ حقِّه.

وليس لـه في الصُّورةِ الأُولـى العودُ للقطْـعِ مِن المِرفـقِ، ولا طلبُ حكومةِ الباقـي؛ لأنَّه بقطْعِه مِـن الكُوعِ قنَعَ ببعْضِ حقِّه، وفارَقَـتِ الثَّانيةَ بأنَّ القاطِعَ مِن الكُوعِ مستوفٍ لمُسمَّى اليدِ، بخلافِ ملتقِطِ الأصابعِ.

ولو قطَعَ مِن بعضِ العَضُدِ فله القَطْعُ مِن المِرفقِ ومِن الكُوعِ وليسَ له العَودُ إلـى قطْـعِ المِرفقِ، وله قطْـعُ إصبعٍ واحدةٍ مـع أخْذِ حكومةِ العضُـدِ في الأُولى والعضُدِ والسَّاعدِ في الثَّانيةِ والثَّالثةِ، ومعَ دِيةِ أربعِ أصابعَ في الثَّالثةِ أيضًا، وليسَ له لقْطُ الأصابعِ لتعدُّدِ الجِراحاتِ.

ولـو عَفَى عن قطْـعِ العَضُـدِ أي: القِصاصِ الواجـبِ لقطْعِه فلـه دِيةُ الكفِّ وحكومَتَـا[1] السَّـاعدِ والمَقطـوعِ مِن العَضُدِ، ولـو قطَعَ مِن بعضِ السَّـاعدِ فله القطْـعُ مِن الكُـوعِ أوِ الدِّيَةُ مع حكومةِ الباقي، فإن لقَـطَ إصبعيْنِ فأكثَرَ عُزِّرَ ولا غـرْمَ وأهدرَ باقي الكفِّ فليس له قطْعُه ولا طلَـبُ حكومتِه، وله حكومةُ بعضِ السَّـاعدِ، أو قطَعَ مِن بعـضِ الكفِّ فله لقْطُ الأصابعِ وإن تعـدَّدَتِ الجِراحةُ مع حكومةِ باقي الكفِّ، إذ ليس بعدَ موضعِ الجراحةِ إلَّا مفاصِلُ متعدِّدةٌ، ولا سبيلَ إلى الإهمالِ.

وبتأمُّلِ هذه المسـائلِ يظهَرُ أنَّ ضابِطَ العوَدِ لمَنْ قطَعَ بعضَ حقِّه أنَّه إنْ قطَعَ مُسـمَّى اليـدِ امتنَعَ العودُ، وإلَّا فإن حصَلَ بالعَودِ تمـامُ حقِّه جازَ، وإلَّا فلا، وأنَّ

---

(١) في (ع): «وحكومة».

المُصنِّفَ لم يُرِدْ بالتَّقييدِ بالأخْذِ مِن المَفصلِ نفْيَ القِصاصِ مُطلقًا إذا كان الأخْذُ مِن غيرِه، بل نفْيَه بالنِّسبةِ لمَحلِّ الأخْذِ.

(**وَلَا قِصَاصَ**) جائزٌ (**فِي**) سائرِ (**الْجُرُوحِ**) التي لم تتضمَّنْ إبانةَ عضوٍ أو بعضِه كالحارِصةِ بالمُهملاتِ وهي ما يشقُّ الجِلدَ قليلًا نحوَ الخدْشِ، والدَّاميةِ وهي الَّتي تُدْمِيه، والباضعةِ وهي الَّتي تقطَعُ اللَّحمَ بعدَ الجِلدِ، والمُتلاحمةِ وهي الَّتي تغوصُ في اللَّحمِ، والسِّمْحاقِ بكسرِ السِّينِ، وهي الَّتي تصِلُ الجِلدةَ الَّتي بينَ اللَّحمِ والعَظْمِ، والهاشِمةِ وهي الَّتي تهشِمُ العَظْمَ وإن لم تُوضِحْه، والمُنَقِّلَةِ وهي الَّتي تنقُلُ العَظْمَ مِن مَحلٍّ إلى آخَرَ وإن لم تُوضِحْه وتهشِمْه، والمأْمُومَةِ وهي الَّتي تصِلُ إلى خريطةِ الدِّماغِ المُحيطةِ به، وهي أمُّ الرَّأسِ، والدَّامغةِ وهي الَّتي تخرِقُ تلكَ الخريطةَ وتصِلُ إليه.

(**إِلَّا**) القِصاصَ (**فِي الْمُوضِحَةِ**) في الرَّأسِ أوِ الوجْهِ أو غيرِهما مِن بقيَّةِ البَدنِ، وهي التي تصِلُ العظْمَ بعدَ خرْقِ الجِلدةِ[1] الَّتي عليه وإن لم يُرَ العَظْمُ لصِغرِ الجُرحِ كغرْزِ إبرةٍ وصَلَتْ إليه، فإنَّه جائزٌ لتيسُّرِ ضبْطِها واستيفاءِ مثْلِها.

والعِبرةُ فيها بالمِساحةِ فيُقاسُ مثْلُها طُولًا وعرضًا مِن رأسِ الجانِي أو وجْهِه مثلًا، ويخطُّ عليه بنحْوِ سوادٍ ويوضِحُ بنحْوِ المُوسَى.

ولا أثَرَ لتفاوتِ اللَّحمِ والجِلدِ غِلظًا وغيرَه بخلافِ التَّفاوتِ بالشَّعرِ، فلو كان برأسِ الجانِي شعرٌ دونَ رأسِ المَجنيِّ عليه، فإن كان لفسادِ منبتِ المَجنيِّ عليه فلا قِصاصَ؛ لِما فيه مِن إتلافِ شعرٍ لم يتلِفْه الجاني، وإلَّا فالقِصاصُ، وعلى هذا التَّفصيلِ حمَلَ ابنُ الرِّفْعَةِ[2] كلامَيْنِ في المسألةِ.

---

(١) في (ج): «الجلد».

(٢) «الشرح الكبير» (١٠/ ٢٢٦).

ولا يُوضَحُ في الرَّأسِ عن موضحةِ الوجْهِ ولا عكسِه، ولا تكمَّلُ موضحةُ أحدِهما مِن الآخَرِ حتَّى لو أوضَحَ رأسًا ورأسُهُ أصغَرُ استوعبَ بالإيضاحِ، ولا يُتمَّمُ مِن الوجْهِ والقَفَا، بل يُؤخَذُ قسْطُ الباقي مِن أرْشِ المُوضحةِ لو وُزِّعَ على جميعِها، بخلافِ ما لو أوضَحَ ناصيةً وناصيتُه أصغَرُ فتوضَحُ ناصيتُه وتكمَّلُ عليها مِن باقي رأسِه؛ لأنَّ الرَّأسَ كلَّه عضوٌ واحدٌ، ولو كان رأسُه أكبرَ أُخِذَ قدْرُ رأسِ المَجنيِّ عليه فقَطْ، والخِيرَةُ في محلِّه للجانِي.

ولو أوضَحَه جماعةٌ بأن تحامَلُوا على الآلةِ وجرُّوها معًا أوضَحَ مِن كلٍّ منهم مثْلُ تلكَ المُوضحةِ لا قسْطه منها فقَطْ؛ إذ ما من جزءٍ إلَّا وكلٌّ منهم جانٍ عليه، فهو كما لوِ اشتَركُوا في قطْعِ عضوٍ، فلو آلَ الأمرُ إلى الأرْشِ وجَبَ على كلٍّ منهم أرْشٌ كاملٌ كما رجَّحَه الإمامُ، أو قسْطُه فقَطْ كما قطَعَ به البَغَوِيُّ[1] والمَاوَرْدِيُّ[2].

وخرَجَ بتقييدِ الجُروحِ بما تقدَّمَ: ما إذا تضمَّنَتْ إبانةُ عضوٍ كاليدِ والرِّجلِ ففيها القِصاصُ كما تقدَّمَ، أو على إبانةِ بعضِ عضْوٍ، فإن كان في مفصلٍ كاليدِ والرِّجلِ فلا قِصاصَ لمكانِ العُروقِ والأعصابِ، فلا يتأتَّى الضَّبْطُ واستيفاءُ المثْلِ، وإلَّا وجَبَ كما في المارنِ والأذُنِ والشَّفةِ واللِّسانِ والحَشَفةِ، ويُقدَّرُ المقطوعُ بالجزئيةِ كالثُّلُثِ والرُّبُعِ، لا بالمِساحةِ؛ لئلَّا يُؤخَذَ عضوٌ ببعضِ آخَرَ.



(١) «الشرح الكبير» (١٠/ ٢٢٦).

(٢) «الحاوي الكبير» (١٢/ ٣٢).

(فَصْلٌ)
في الدِّيَةِ

(وَالدِّيَةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ):

(١) (مُغَلَّظَةٍ) وذلكَ إذا كان القتْلُ عمدًا أو شبْهَ عَمدٍ كما عُلِمَ ممَّا مرَّ، أو كان خطأً في بعضِ الصُّور كما سيأتِي،

(٢) (وَمُخَفَّفَةٍ) وذلكَ إذا كان خطأً كما عُلِمَ ممَّا مرَّ إلَّا في بعضِ الصُّور الآتِي.

(فَالْمُغَلَّظَةُ) في الحُرِّ الذَّكرِ المُسلمِ غيرِ الجَنينِ (مِئَةٌ مِنَ الْإِبِلِ) مثلَّثةٍ (ثَلَاثُونَ حِقَّةً، وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً، وَأَرْبَعُونَ خَلِفَةً) بفتحِ الخاءِ وكسرِ اللَّامِ وبالفاءِ وهي الحاملُ أي: أربعونَ ناقةً (فِي بُطونِهَا أَوْلَادُهَا) بقولِ عدليْنِ من أهلِ الخبرةِ وإن لم تبلُغْ خمسَ سنينَ، وذلكَ لثبوتِه في خبَرِ التِّرمذيِّ[1] في العمْدِ وخبَرِ أبي داودَ[2] في شبْهِهِ.

فلو ماتَتْ بعدَ قبْضِها وشُقَّ بطْنُها فبانَتْ حائلًا غرِمَها وأخَذَ بدَلَها حاملًا، وإن لم تمُتْ وتنازَعَا فادَّعى المُستحِقُّ أنَّه لم يكُنْ بها حمْلٌ والدَّافِعُ إسقاطَها عندَه وأمكَنَ الإسقاطُ صُدِّقَ إن أخَذَها المُستحِقُّ بقولِ العَدليْنِ وإن لم يُمكِنِ الإسقاطُ، أو أخَذَها بقولِ الدَّافعِ صُدِّقَ المُستحِقُّ بلا يمينٍ في الأولى وبيمينٍ في الثَّانية.

(وَالْمُخَفَّفَةُ) في الحُرِّ المذكورِ (مِئَةٌ مِنَ الْإِبِلِ) مخمسةٍ (عِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ ابْنَ لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَعِشْرُونَ

---

(١) «جامع الترمذي» (١٣٨٧) من حديث عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٢) «سنن أبي داود» (٤٥٨٨) من حديث عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

جَذَعَـةً) لخبَرِ التِّرمذيِّ[١] وغيرِه بذلـكَ، والمُرادُ مِن الحِقاقِ والجِذاعِ الإناثُ، وإنَّما تجِبُ المئةُ في الحالَيْنِ إذا كان القاتلُ حُرًّا، فإن كان القاتلُ رقيقًا فالواجِبُ أقلُّ الأمريْنِ مِن قيمتِه والمِئةِ.

والعِبرةُ في الإبلِ بغالبِ إبلِ الدَّافعِ مِن جانٍ وعاقلةٍ، فإن لم يكُنْ له إبلٌ فبغالبِ إبلِ مَحلِّه مِن بلدٍ أو غيرِه، هذا ما في «المنهاجِ»[٢] كـ«المُحرَّرِ» تبعًا «للمهذَّبِ»[٣] وغيرِه، والذي في «الرَّوضةِ»[٤] ونقَلَه في «أصلِها»[٥] عنِ «التَّهذيبِ» التَّخييرُ بين إبلِه وإبلِ محلّه، فإنِ اختلَفَت أنواعُ إبلِ مَحلِّه ولا غالبَ فالخِيرَةُ إلى الدَّافعِ، أو أنواعُ إبلِه فقالَ المُتولِّي[٦]: يُؤخَذُ مِن الأكثرِ.

فإنِ استوَيا فممَّا شاءَ الدَّافعُ[٧]، واعتمَدَه في «الرَّوض»[٨]، وقال غيرُه: يؤخَذُ مِن كلٍّ بقسْطِه إلَّا أن يتبرَّعَ بالأشرفِ فيُجبرُ المُستحِقُّ على أخْذِه، وهو مُقتضى كلامِ الرَّافِعِـيِّ[٩] والمُوافِـقُ لِمـا تقدَّم في إبـلِ مَحلِّه، ولعلَّ المُـرادَ بالغالبِ هنا الغالـبُ وجودًا لا الأكثر ليتأتَّى هـذا الخلافُ في أنَّه يُؤخَذُ مِن الأكثرِ أو مِن كلٍّ بقسْـطِه؛ إذ لو أُريدَ بالغالـبِ الأكثرُ لزِمَ التَّكرارُ على قـولِ المُتولِّي والمُناقضةُ علـى قولِ غيْـرِه، بل وعلى قولِه أيضًا إن كان مفروضًا علـى تقديرِ عدمِ الغلبةِ؛ فليُتأمَّلْ.

وبحَثَ[١٠] البُلقِينيُّ فيما إذا وجبَتْ في بيتِ المالِ ولا إبلَ فيه تعيُّنَ القيمةِ؛ لأنَّ المُرادَ به جهةُ الإسلامِ، واعتبارُ بلدٍ بعيْنِها تحكُّمٌ، فإن لم يكُنْ بمَحلِّه إبلٌ مُطلقًا

---

(١) «جامع الترمذي» (١٣٨٦) من حديث ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.
(٢) «منهاج الطالبين» (ص ٢٧٩).
(٣) «المهذب في فقه الإمام الشافعي» (٣/ ٢١٢).
(٤) «روضة الطالبين» (٩/ ٢٦٠).
(٥) «الشرح الكبير» (١٠/ ٣٢٣).
(٦) كتب فوقه في (ع): «معتمد».
(٧) «أسنى المطالب» (٤/ ٤٩).
(٨) «روض الطالب» (٢/ ٥٣٩).
(٩) «الشرح الكبير» (١٠/ ٣٢٣).
(١٠) كتب فوقه في (ع): «ضعيف».

أو بصفةِ الواجبِ فبغالبِ إبلِ أقربِ المَحالِّ إليه، والمُراد بـه ما لا يزيدُ مؤنةُ نقلِ الإبلِ منه مع قيمتِها على ثَمنِ مثْلِها بمَحلِّ فقْدِها على ما نقَلَه الشَّيخانِ[١] عنِ الإمام بعدَ نقْلِهما عن إشارةِ بعضِهم الضَّبطَ بدونِ مسافةِ القَصرِ.

(**فَإِنْ عُدِمَتِ الْإِبِلُ**) في المَحلِّ الذي يجِبُ تحصيلُها منه حسًّا، أو شرعًا بأن لم توجَدْ فيه بالصِّفةِ الواجبةِ، أو وجِدَتْ بأكثَرَ مِن ثمنِ المِثْلِ (**انْتَقَلَ**) الحقُّ (**إِلَى قِيمَتِهَا**) أوِ المَعنَى انتقَلَ الدَّافعُ مِن وجوبِ دفْعِها إلى وجوبِ دفْعِ قيمتِها وقْتَ وجوبِ التَّسليمِ مِن غالبِ نقْدِ محلِّ العَدمِ؛ لأنَّها بدلُ مُتلفٍ.

وينبَغِي أن يُرادَ بمَحلِّ العَدمِ بلدُ الجاني إن كان وُجِدَ فيها إبلٌ قبلَ ذلكَ، لكنَّها عُدِمَتْ منها ولم توجَدْ بأقرَبِ البلادِ وأقرَبِ بلدٍ إليها إن لم يكُنْ بها إبلٌ قبلَ ذلكَ ووُجِدَ بالأقربِ لكنَّه عُدِمَ، فإن لم يوجَدْ شيءٌ قبلُ لا ببلدِه ولا بالأقربِ فينبَغِي اعتبارُ بلَدِه؛ لأنَّها الأصْلُ وإنَّما يعدِلُ إلى غيرِه عندَ الوجودِ فيه، لكن أيُّ نوعٍ يُعتبَرُ حينئذٍ فإنَّ أنواعَ الإبلِ لا تنضبِطُ، إلَّا أن يُقالَ: يُعتبَرُ النَّوعُ الغالبُ وجودُه مع النَّاسِ أو أقلُّ الأنواعِ؛ لأنَّه لو وُجِدَ هناكَ لأجزَأَ، وأيُّ نوعٍ اعتُبِرَ وجَبَ قبولُه؛ لأنَّه إمَّا الأقلُّ أو أعْلَى منه، فليُتأمَّلْ.

فإن أُخِذَتِ القيمةُ ثُمَّ وُجِدَتِ الإبلُ فلا تُراد لانفصالِ الأمرِ. وإن قال المستحِقُّ: أنا أصبِرُ حتَّى توجَدَ الإبلُ وجَبَ إجابتُه؛ لأنَّ الإبلَ هي الأصلُ، بخلافِ ما إذا لم تُعدَمِ الإبلُ، فإنَّه لا يعدِلُ إلى قيمتِها إلَّا بالتَّراضِي فيجوزُ، واعتُرِضَ هذا بما ذكَرُوه في الصُّلحِ أنَّه لا يجوزُ الصُّلحُ عنها بالتَّراضِي لجهالتِها، وأجابَ ابنُ الرِّفْعَةِ بحمْلِ ذاكَ على ما إذا كانت مجهولةَ الصِّفةِ، وهذا على ما إذا كانت معلومتها، هذا في الجديدِ.

---

(١) «الشرح الكبير» (١٠/ ٣٢٢)، و«روضة الطالبين» (٩/ ٣٦٠- ٣٦١).

(وَقِيلَ) وهو القديمُ: (يَنْتَقِلُ) الحقُّ أوِ الدَّافعُ على ما تقدَّمَ (إِلَى أَلْفِ دِينارٍ، أَوْ) إلى (اثْنَي عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ) فضَّةً (..)[1].

(وَتُغَلَّظُ دِيَةُ الْخَطَإِ) المَحضِ بالتَّثليثِ (فِي ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ): وأبدَلَ مِن الجارِّ والمَجرورِ قولَه:

(١) (إِذَا قَتَلَ فِي الْحَرَمِ) أي: حرَمِ مكَّةَ كما هو المُتبادَرُ عندَ الإطلاقِ بأن كان القاتلُ والمقتولُ أو أحدُهما كلًّا أو بعضًا في الحرَمِ، وكذا لو كانَا جميعًا في الحلِّ ومرَّ السَّهمُ في الحَرمِ كما هو قضيَّةُ إلحاقِ ذلكَ بجزاءِ الصَّيدِ، وإنِ استبعَدَه البُلقِينيُّ، وشمِلَت عبارتُه مَن حرُمَ دخولُه الحرَمَ كالذِّمِّيِّ، وبه صرَّحَ البَغَوِيُّ، وقال المُتولِّي[2]: لا تغليظَ فيه؛ لأنَّ سببَه ثبوتُ زيادةِ الأمْنِ، وهو غيرُ متمكِّنٍ مِن دخولِه[3]، ووافَقَه ابنُ الرِّفْعَةِ[4] وقوَّاه غيرُه مِن جهةِ المَدركِ.

وخرَجَ بالحرمِ الإحرامُ؛ لأنَّ حرمتَه عارضةٌ، وبحرمِ مكَّةَ حرمُ المَدينةِ بناءً على الجديدِ مِن عدمِ ضَمانِ صيْدِه.

(٢) (أَوْ) قتَلَ (فِي الْأَشْهُرِ الْحُرُمِ) ذي القعدةِ وذي الحجَّةِ والمُحرَّمِ ورجَبٍ، قال في «شرحِ مُسلمٍ»[5]: الأخبارُ تظافَرَتْ بعدَها على هذا التَّرتيبِ،

---

(١) بياض في (ع)، وكتب مكانه فيها بخط مخالف لعله خط الإمام الجُوهري، وكذا في (ج): «الخبَرُ فيه صحيح، وفيه دلالةٌ على تعيُّنِ الذَّهبِ على أهْلِه والفضَّةِ على أهْلِها، وهو ما عليه الجمهورُ، ولا تغليظَ هنا على الأصحِّ، وقضيَّةُ كلامِ المُصنِّفِ أنَّ القديمَ إنَّما يقولُ بذلكَ عندَ الفقْدِ فهو كذلكَ».
وكتب بهامش (ع): «كذا وُجد البياض في نسخة المؤلف، وفيه نقص للمسألة». ثم كُتب بعده بخط آخر لعله خط الإمام الجُوهري: «وقد أكملناها من شرح (م ر) بالحرف».
وكذا موضعه بياض في (ن) وكتب بحاشيتها: «هكذا بياض بخط المؤلف وفيه نقص من المتن والشرح فليراجع في الخطبة».

(٢) فوقه في (ع): «معتمد».

(٣) «أسنى المطالب» (٤/ ٤٧).

(٤) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٦/ ٦٦-٦٧).

(٥) «شرح النووي على مسلم» (١١/ ١٦٨).

فهو الصَّوابُ خلافَ مَن بدَأَ بالمُحرَّمِ ليكونَ مِن سنةٍ واحدةٍ، واختصَّ المُحرَّمُ بالتَّعريفِ لكونِه أوَّلَ السَّنةِ، فكأنَّهم قالُوا: الذي يكونُ دائمًا أوَّلَ العامِ، ولا بدَّ مِن وقوعِ الفعْلِ والزُّهوقِ فيها بخلافِ ما سبَقَ في الحرَمِ.

(٣) (أَوْ قَتَلَ ذَا رَحِمٍ) أي: قرابةٍ (مَحْرَمٍ) مِن الرَّحمِ؛ كالأمِّ والأخْتِ، بخلافِ ذي الرَّحمِ غير المُحرَّمِ كبنتِ العَمِّ وابنِ العَمِّ، وذي الرَّحمِ المُحرَّمِ مِن الرَّضاعِ أو المُصاهرةِ كبنتِ عمٍّ هي أختٌ مِن الرَّضاعِ أو أمٍّ زوجتِه، وذلكَ لحُرمةِ الثَّلاثة لِما ورَدَ فيها.

وإنَّما لم يلحَقْ رمضانُ بالأشهرِ الحُرُمِ وإن كان سيِّدَ الشُّهورِ؛ لأنَّ المُتَّبعَ في ذلكَ التَّوقيفُ، قال تعالى: ﴿فَلَا تَظْلِمُواْ فِيهِنَّ أَنفُسَكُمْ﴾[1] مع أنَّ الظُّلمَ مُحرَّمٌ في غيرِهِنَّ أيضًا.

(وَدِيَةُ الْمَرْأَةِ) الحُرَّةِ (عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ) الحُرِّ؛ لخبَرِ البَيْهَقِيِّ[2] بذلكَ، وكالمَرأةِ الخُنثى؛ للشَّكِّ في زيادتِه عليها.

(وَدِيَةُ) كلٍّ مِن (الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ) إذا كان له أمانٌ (ثُلُثُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ) أخذًا مِن خبَرِ عمرِو بنِ شُعيبٍ.

(وَدِيَةُ الْمَجُوسِيِّ) والوَثنيِّ وعابدِ الشَّمسِ والقَمرِ والزِّنديقِ ونحوِهم إذا كان لهم أمانٌ (ثُلُثَا عُشْرِ دِيَةِ الْمُسْلِمِ) وذلكَ ستَّةُ أبعرةٍ وثلثانِ، وديةُ أنثى المذكورينَ على النِّصفِ مِن ديتِهم، بخلافِ مَن لا أمانَ له كالمُرتدِّ والمُرتدَّةِ، فلا ديةَ له لعدمِ عصمتِه.

والمُتولِّدُ بينَ يهوديٍّ أو نصرانيٍّ ومجوسيٍّ ديتُه كديةِ الكتابيِّ اعتبارًا

(١) سورة التوبة: ٣٦.

(٢) «السنن الكبير» (١٦٧٣٨).

بالأكثَـرِ، سـواءٌ أكان أبًا أم أُمًّا كما جـزَمَ به الرَّافِعِيُّ[١] وغيـرُه في الجِزيةِ، ونقَلَه المَاوَرْدِيُّ[٢] عنِ «الأمِّ»، وسيأتِي أنَّ ديةَ العَبدِ قيمتُه، وأنَّ ديةَ الجَنينِ الحُرِّ عبدٌ أو أمةٌ، والرَّقيقِ عشرُ قيمةِ أمِّه.

ويدخُـلُ التَّغليـظُ والتَّخفيف ديةَ المَرأةِ ومَنْ ذُكِرَ بعدَهـا، ويدخُلُ الجُروحُ أيضًـا، ولا يدخُـلُ قيمةَ العبدِ بل فيه قيمةُ يومِ التَّلفِ، ففـي قتْلِ المَرأةِ عمدًا أو شُـبهةً خمسَ عشرَةَ حِقَّةً وخمسَ عشرةَ جَذعَةً وعشرون خَلِفةً، وفي قتْلِها خطأً عشْرُ بناتِ مَخاضٍ وعشْرُ بناتِ لبونٍ وهكذا.

وفي قتلِ اليهوديِّ أوِ النَّصرانِيِّ عمدًا أو شُـبهةً عشْـرُ حِقاقٍ وعشْرُ جذعاتٍ وثلاثَ عشرَةَ خلِفةً وثلُثٌ، وفي قتْلِه خطأً ستَّةٌ وثلثانِ مِن كلٍّ من بناتِ مَخاضٍ وبنـاتِ لبونٍ (وبنـي لبونٍ)[٣] وحِقـاقٍ وجذعاتٍ، وفي قتْلِ مجوسـيٍّ عمدًا أو شُبهةً حقَّتانِ وجذعتانِ وخلفتانِ وثلُثانِ، وفي قتْلِه خطأً بعيرٌ وثلثٌ مِن كلِّ سنٍّ ممَّا مرَّ، وفي المُوضحةِ عمدًا أو شُبهةً حقَّةٌ ونصفٌ وجذعةٌ ونصفٌ وخلفتانِ، وفيها خطأً بعيرٌ مِن كلِّ سنٍّ ممَّا مرَّ.

(**وَتَكْمُـلُ دِيَـةُ النَّفْسِ**) أي: نفـسِ المَجنيِّ عليـه (**فِي الْيَدَيْـنِ**) بإبانتِهما مِن الكُوعيـنِ أو بالتقاطِ أصابعِهما، فإنْ أبانَهما مِن السَّـاعدِ فما فوقَه وجَبَ أيضًا حكومـةُ الزَّائـدِ أو عادَ بعـدَ لقْطِ الأصابـعِ وأبـانَ الكفَّينِ أو أحدَهمـا وجَبَتْ حكومتُهما أيضًا لاختلافِ الجنايةِ.

(**وَ**) في (**الرِّجْلَيْنِ**) ولو مِن أعرَجَ ومَن تعطَّلَ مشْـيُه بكسرِ ظَهْرِه بإبانتِهما مِن الكعبيْـنِ أو بالتقـاطِ أصابعِهما، فإنْ أبانَهما مِن فوقِ الكعبيْـنِ أو عادَ بعدَ لقطِ

---

(١) «الشرح الكبير» (١٠/ ٣٣٠). (٢) «الحاوي الكبير» (١٢/ ٣١١).

(٣) ليس في (ج)، (ع).

الأصابعِ وأبانَ القَدميْنِ أو أحدَهما فكما مرَّ في اليدينِ، وفي الواحدةِ مِن اليديْنِ أوِ الرِّجليْنِ نصفُ الدِّيَةِ، وفي الأشلِّ مِن ذلكَ حكومةٌ كما سيأتِي.

(وَ) في (الْأَنفِ) ولو لأخشمَ سواءٌ اقتصَرَ على إبانةِ المارنِ وهو ما لانَ منه وهو ثلاثُ طبقاتٍ: طرفانِ وحاجزٌ بينَهما، أو أبانَ معَه القصبةَ فلا تُفردُ بحكومةٍ، بخلافِ نحْوِ السَّاعدِ والسَّاقِ كما تقدَّمَ، وفرّقَ بأنَّ (..)[1]، وفي كلٍّ مِن طرفي المارنِ والحاجزِ ثلُثُ الدِّيَةِ.

(وَ) في (الْأُذُنَيْنِ) ولو لأصمَّ بقطعِهما أو قلعِهما أو إيباسِهما، فإن حصَلَ مع قطعِهما أو قلْعِهما إيضاحٌ وجَبَ أرْشُ مُوضحتيْنِ أيضًا، وفي الواحدةِ منهما نصفُ الدِّيَةِ، وفي الأشلِّ منهما أو مِن أحدِهما الحكومةُ، وتقدَّمَ أنَّه تُقطَعُ الأذُنُ الصَّحيحةُ بالشَّلَّاءِ، ووجْهُ ذلكَ بأنَّه لا تلازمَ بينَ القِصاصِ والدِّيَةِ.

(وَ) في (الْعَيْنَيْنِ) بفقئِهما ولو لنحْوِ أعمَشَ وهو ضعيفُ الرُّؤيةِ مع سيلانِ الدَّمعِ غالبًا، أو كان بهما بياضٌ لا ينقصُ الضَّوءَ، فإن نقَصَه فالواجبُ قسْطٌ مِن الدِّيَةِ بنسبةِ النَّقصِ إنِ انضبَطَ، وإلَّا فحكومةٌ، وفُرِّقَ بينَه وبينَ الأعمشِ بأنَّ البياضَ نقصَ الضَّوءَ الذي كان في أصلِ الخِلْقةِ، وعينُ الأعمشِ لم ينقصْ ضوؤُها عمَّا كان في الأصلِ، قاله الرَّافِعِيُّ[2]. قال جمْعٌ: ويُؤخَذُ منه أنَّ العمشَ[3] لو تولَّدَ مِن آفةٍ أو جنايةٍ لم تكمُلِ الدِّيَةُ.

---

(١) بياض بمقدار ثلاث كلمات، وكتب بحاشية كل من (ج)، (ش)، (ك): «بياض بأصله».

وكذا بياض في (ع) إلا أنه كتب مكانه بخط مخالف لعله خط الإمام الجوهري: «بأنه ليس بتابع بخلاف القصبة». وكتب بهامشها: «كذا بياض بالأصل». وكُتب بعدها بخط مخالف لعله خط الإمام الجوهري: «وقد كتبنا فيه فرق الرملي في شرحه».

(٢) «الشرح الكبير» (١٠/ ٣٥٨).

(٣) في (ج): «النمش».

وأقـولُ: قد يُؤخَذُ منه أيضًا أنَّ البياضَ لـو كان خلقيًّا غيرَ طارئٍ لكن نقَصَ بـه الضَّوءُ عن عادةِ أمثالِه وجَـبَ كمالُ الدِّيَةِ فليُتأمَّلْ فيـه، وفي الواحدةِ منهما نصفُ الدِّيَةِ ولو لنحْوِ أعورَ، وهو فاقدُ بصرِ الأُخرى.

(وَ) في (**الْجُفُـونِ الْأَرْبَعَـةِ**) ولو لأعمـى بقطعِها أو إحشـافِها، ويدخُلُ فيها حكومـةُ الأهدابِ، فإن كان ذلكَ مع فـقْءِ العينيْنِ وجبَتْ ديتانِ، وفي كلِّ جفنٍ ربُعُ ديةٍ، وفي المُستحشفِ مِن ذلكَ حكومةٌ، وكذا في الأهدابِ إن فسَدَ منبتُها، وإلَّا فالتَّعزيرُ.

(وَ) في (**اللِّسَـانِ**) ولو ذاهبٌ نصفُ الكلامِ بجنايةٍ[1] بلا قطْعِ شيءٍ منه لبقاءِ المنفعةِ فيه، والمُرادُ لسـانُ النَّاطقِ ولو ألكَنَ وأرتَّ وألثَغَ، وطفلٌ وإن لم يبلُغْ أوانَ النُّطـقِ والتَّحريكِ، فإن بلَغَهما ولـم يوجَـدَا منه فحكومةٌ، وفي قطْعِ بعضِه مع بقاءِ نطْقِه حكومةٌ لا قسْـطَ مِن الدِّيَةِ، إذ لو وجَبَ لزِمَ إيجابُ الدِّيَةِ الكاملةِ في لسانِ الأخرسِ، كذا مَشَى عليه الشَّيخانِ[2] بخلافِ لسانِ الأخرسِ خلقةً أو لعـارضٍ، فإن فيه حكومةً، نعَمْ إن ذهَبَ الـذَّوقُ بقطْعِه وجبَتِ الدِّيَةُ، ولو نبتَ اللِّسانُ بعدَ أخْذِ دِيتِه لم تُستَردَّ.

(وَ) في (**الشَّفَتَيْنِ**) بقطْعِهما أو إشلالِهما وهما في عرْضِ الوجْهِ إلى الشِّدْقَيْنِ وفي طولِه إلى ما يستُرُ اللِّثـةَ، وفي اندراجِ حكومةِ الشَّـاربِ في ديتِهما وجهانِ، وقياسُ الأهدابِ الاندراجُ ولو كانَتَا مشقوقتيْنِ فالواجبُ الدِّيَةُ إلَّا قدْرَ حكومةِ الشقِّ أو شلَّاويْنِ فالواجبُ الحكومةُ، وكذا لو شقَّهما بلا إبانةٍ.

---

(١) في (ش): «بجناية».

(٢) «الشرح الكبير» (١٠/ ٣٦٤)، و«روضة الطالبين» (٩/ ٢٧٥).

(وَ) في (ذَهَابِ الْكَلَامِ) إذا قال أهلُ الخبرةِ لا يعودُ بنحوِ الجنايةِ على اللِّسانِ بقطْعٍ ولو لبعضِه أو دونِه، وإن لم يُحسِنِ المَجنيُّ عليه بعضَ الحروفِ، نعَمْ إن كان ذلكَ لجنايةٍ وجَبَ قسْطُ الدِّيَةِ.

قال[١] الشَّيخانِ[٢] كالجمهورِ: وتوزَّعُ الدِّيَةُ على ثمانيةٍ وعشرين حرفًا.

وقال المَاوَرْدِيُّ: على تسعةٍ[٣] وعشرين؛ لأنَّ الهمزةَ والألِفَ اللَّينةَ حرفانِ.

وهو وجيهٌ لا يظهَرُ غيْرُه، ولو أزالَ بعْضَها لكن لم يبْقَ في الباقي كلامٌ مفهومٌ وجَبَ كمالُ الدِّيَةِ، والكلامُ مِن اللِّسانِ بمنزلةِ البَطْشِ مِن اليدِ حتَّى إذا ذهَبَا معًا وجَبَ ديةٌ واحدةٌ.

(وَ) في (ذَهَابِ الْبَصَرِ) بلطمٍ أو غيرِه ولو مِن أعْشَى بآفةٍ سماويَّةٍ، فإن كان مِن أعشى بجنايةٍ فقضيَّةُ ما يأتِي عنِ البَغَوِيِّ وجوبُ النِّصفِ فقَطْ وحدَه، أو مع العينيْنِ بأن فقَأَهُما فلا يُزادُ حينئذٍ على الدِّيَةِ، وفي إعشائِه نصفُ الدِّيَةِ كما قاله البغويُّ[٤]، بخلافِ ما لو أعمَشَه أو أخفَشَه أو أحْوَلَه أو أشخَصَ بصرَه، فالواجبُ الحكومةُ، وفي ذَهابِ البَصرِ مِن إحدى العينيْنِ نصفُ الدِّيَةِ، وفي بعضِه منهما أو مِن أحدِهما قسْطُ البعضِ مِن الدِّيَةِ إن عُرِفَ قدْرُه، وإلَّا فحكومةٌ.

(وَ) في (ذَهَابِ الشَّمِّ) مِن المنخريْنِ بالجنايةِ على الرَّأسِ أو غيرِه وفي ذهابِه مِن أحدِهما نصفُ الدِّيَةِ، وفي بعضِه منهما أو مِن أحدِهما قسْطُه مِن الدِّيَةِ إن عُرِفَ قدرُه، وإلَّا فحكومةٌ.

---

(١) فوقه في (ع): «معتمد».

(٢) «الشرح الكبير» (١٠/ ٣٩٦)، و«روضة الطالبين» (٩/ ٢٩٦).

(٣) فوقه في (ع): «ضعيف».

(٤) «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٧/ ١٥٠).

(وَ) في (ذَهَابِ الْعَقْلِ) الغَريزيِّ وهو ما يترَتَّبُ عليه التَّكليفُ إذا لم يُرْجَ عوْدُه بقـولِ أهلِ الخبرةِ في مدَّةٍ يُظَنُّ أنَّـه يعيشُ إليها، وإلَّا انتُظِرَ، فإن ماتَ قبلَ العَودِ وجبَتِ الدِّيَةُ كالسَّـمعِ والبصرِ، ثُمَّ إن كان ذهابُه بما لا أرْشَ له كضرْبِ رأسِـهِ ولطْمِـه لـم يزِدْ على الدِّيَةِ، أو بما له أرْشٌ مقـدَّرٌ أو لا وجَبَ الأرْشُ مع الدِّيَةِ، وفي ذهـابِ بعْضِه قسْـطُه مِن الدِّيَةِ إنِ انضبَطَ بزمانٍ أو غيـرِه، وإلَّا فالحكومةُ، ولو عادَ هو أو غيْرُه مِن المعاني بعْدَ أخْذِ ديتِه اسـتُرِدَّتْ، بخلافِ سائرِ الأجرامِ ما عدا سـنِّ غيرِ المَثغـورِ وجلْدِ المسـلوخِ إذا نبَتَ، والإفضـاءُ إذا التحَمَ فإنَّه لا يُسـتَردُّ ديَتُهـا بعَودِها، أمَّا العقلُ المُكتسَـبُ وهو ما به حسـنُ التَّصرُّفِ ففيه الحكومةُ.



(فَصْلٌ)
في دَعْوَى القَتْلِ وثُبُوتِهِ بِيَمِينِ المُدَّعِي

(وَإِذَا) ادَّعى الوارثُ المُكلَّفُ المُلتزمُ ولو غيرَ جائزٍ ومحجورًا عليه بسَفهٍ على مكلَّفٍ ملتزمٍ أنَّه قتَلَ مورِّثَه، وفصَّلَ قتْلَه بأنَّه عمدٌ أو خطأٌ أو شبْهُ عمدٍ مع وصْفِ كلٍّ بما يُناسِبُه، وأنَّه بانفرادِه أو مشاركةَ مَن يمكِنُ اجتماعُهم مع بيانِ عددِهم حيثُ لم يجِبِ القِصاصُ ولو بقولِه: أعلَمُ أنَّهم لا يزيدون على كذا ولم يسبِقْ ما يناقِضُ دعْواه، فلوِ ادَّعَى انفرادَه بالقتلِ ثُمَّ ادَّعى على آخَرَ لم تُسمعِ الثَّانيةُ.

و(اقْتَرَنَ بِدَعْوَى) ذلكَ (الْقَتْلِ لَوْثٌ) بالمُثلَّثةِ وهو لغةً: القوَّةُ، ويقالُ: الضَّعفُ، واصطلاحًا: شيءٌ (يَقَعُ بِهِ فِي النَّفْسِ صِدْقُ الْمُدَّعِي) في تلكَ الدَّعوى، كأنْ يوجَدَ القتيلُ في مساكنِ أعدائِهِ مِن نحْوِ قريةٍ صغيرةٍ أو محلَّةٍ منفردةٍ عن بلدٍ كبيرٍ، حيثُ لم يُساكِنْهم مَن لم تُعلَمْ صداقتُه للقتيلِ، ولا كونُه مِن أهلِه أو قريبًا منها ولا ساكنَ في الصَّحراءِ ولا عمارةَ هناك.

قال العِمْرانِيُّ: ولو لم يدخُلْ ذلكَ المكانَ غيْرُ أهْلِه لم تُعتبَرِ العداوةُ[1]. انْتهى. وفيه نظرٌ.

وكأنْ يتفرَّقَ عنه جمْعٌ يُمكِنُ اجتماعُهم على قتْلِه، أو يوجدَ في صحراءَ وعندَه مَن تلطَّخَ سلاحُه أو ثوبُه أو بدنُه بالدَّمِ وليسَ هناك ما يُمكِنُ إحالةُ القتْلِ عليه مِن نحوِ سَبُعٍ أو رجلٍ آخَرَ بقريةٍ، أو يستفيضُ بينَ النَّاسِ أنَّ القاتلَ فلانٌ أو يُرَى مِن بعيدٍ يحرِّكُ يدَه كفعْلِ مَن يضرِبُ فيوجَدُ القتيلُ مكانَه، أو يخبِرُ بأنَّ القاتلَ فلانٌ عدْلُ روايةٍ أو جماعةٌ فسَّاقٌ أو صبيانٌ أو ذمِّيُّونَ، ولا بدَّ في جميع

---
(١) ينظر: «أسنى المطالب (٤/ ٩٨).

ذلكَ مِن العلْمِ بأنَّه قتيلٌ ولو بدلالةِ أثرٍ نحو خنقٍ أو عضٍّ.

(حَلَفَ) ذلكَ الوارثُ (الْمُدَّعِي) على ذلكَ القتْلِ الذي ادَّعاه إن شاءَ (خَمْسِينَ يَمِينًا) إن كان حائزًا، وإن كان المقتولُ امرأةً أو كافرًا أو جنينًا: لقد قتلَ هذا أو فلانٌ ويميِّزُه أبي مثلًا أو فلانًا أو غيرَه عمدًا أو خطأً أو شبْهَ عمدٍ وحدَه أو مع زيدٍ، وإن كان الجاني ادَّعى براءةً مِن جرحِه زادَ في كلِّ مرةٍ، وأنَّه ما برَأَ مِن جرْحِه حتَّى ماتَ منه.

وإن لم يوالِ الأيمانَ، أو تخلَّلَها جنونٌ أو إغماءٌ، أو عَزْلُ القاضي ثمَّ توليته، بخلافِ ما لو وُلِّي غيرُه أو ماتَ ولو بعدَ تمامِها، فيستأنِفُ الحالِفُ، أو ماتَ الحالفُ قبلَ تمامِها فيستأنِفُ وارثُه.

فإن لم يكُنْ حائزًا وُزِّعَتِ الأيمانُ عليه وعلى بقيَّةِ الورثةِ بحسبِ الإرْثِ وتُمِّمَ الكسْرُ، فلو كانوا تسعةً وأربعين ابنًا حلَفَ كلٌّ يمينيْنِ أو ثلاثة بنين حلَفَ كلٌّ سبعةَ عشَرَ، فإن غابَا اتِّفاقًا ولم يصبِرِ الثَّالثُ إلى حُضورِهما حلَفَ الخمسينَ لحَقِّه فقَطْ، فإن حضَرَ آخرُ حلَفَ نصْفَها، وإن حضَرَ الثَّالثُ حلَفَ سبعَةَ عشَرَ، ولو أرادَ أحدُ الثَّلاثةِ مع حضورِ الجميعِ أن يحلِفَ الخمسين ليأخُذَ حصَّتَه فينبَغِي جوازُه أيضًا.

وقد لا يكونُ التَّوزيعُ بحسبِ الإرْثِ كما لو كان الوارثُ ابنًا خُنثى، فإنَّه يحلِفُ الخَمسينَ لاحتمالِ ذُكورتِه ويأخُذُ النِّصفَ لاحتمالِ أُنوثتِه، فإن كان معَه إخوةٌ فإن شاءوا حلَفُوا النِّصفَ ووُقِفَتْ بقيَّةُ المالِ بينَهم وبينَه إلى البيانِ أوِ الصُّلحِ، وإن شاءوا صبرُوا إلى البيانِ، أو خنثيَيْنِ حلَفَ كلُّ واحدٍ الثُّلُثين أربعًا وثلاثينَ بالجَبْرِ[1] وأُعطي الثُّلُثَ.

---

(١) في (ع): «بالخبر».

أو زوجتَـه وبيتَ المالِ حلَفَتِ الزَّوجةُ الخمسـينَ وإن لـم تأخُذْ إلَّا الرُّبُعَ، أو زوجتَـه وبنتًـا حلَفَتِ الزَّوجةُ عشـرةً والبنتُ الباقيَ توزيعًا على سـهامِهما فقَطْ، وهي خمسةٌ مِن ثمانيةٍ، ولا يثبُتُ حقُّ بيتِ المالِ بيمينِها بل ينصِبُ الإمام مدَّعيًا، فـإن حلَفَ المدَّعَى عليـه وإلَّا حُبِسَ إلى أن يحلِفَ أو يقِرَّ، وهذا ظاهرٌ إذا انتظَمَ أمرُ بيتِ المالِ، وإلَّا فظاهرٌ أنَّه يردُّ الباقيَ على البنتِ فقَطْ، فتحلِفُ الزَّوجةُ سبعةَ أيمـانٍ، والبنـتُ أربعةً وأربعينَ، وقد يكونُ الحالِفُ غيـرَ المدَّعي كما لو أوْصَى لمُسـتولدَتِه بقيمةِ عبدٍ إن قُتِلَ وماتَ بعدَ قتْلِه وقبلَ الحلِفِ والنُّكولِ، فإن ورثَتُه تحلِفُ بعدَ دَعْواها أو دعواهم إن شاءُوا؛ لأنَّهم الَّذين يحلفونَه والقيمةُ لها، فإن نكَلُوا لـم تحلِفْ لكن لها الدَّعوى لتحليفِ الخصْمِ، فإن نكَلَ حلَفَتْ يمينَ الرَّدِّ.

وخرَجَ بدَعْوى القتْلِ دَعْوى غيـرِه كالقطْعِ والجرْحِ فلا يحلِفُ المُدَّعِي ولو مع اللَّوثِ، بل المُصدَّقُ المُدَّعى عليه بيمينِه لكنَّها خمسون.

(وَ) إذا حلَـفَ الـوارثُ المُدَّعِي الخمسـينَ بـأن كان حائزًا (**اسْـتَحَقَّ الدِّيَةَ**) دونَ القِصـاصِ علـى العاقلةِ في غيـرِ العمْدِ، وعلـى المُدَّعى عليه فيـه، فإن لم يكُنْ حائزًا اسـتحَقَّ حصَّتَه منها بحسـبِ إرْثِه كما يحلِفُ من يخصُّه مِن الأيمانِ كذلكَ، وقضيَّةُ هذا فرْضُ الكلامِ في قتْلِ الحُرِّ لكنْ قتلُ الرَّقيقِ كذلكَ، فإذا وُجِدَ لوثٌ حلَفَ سـيِّدُه خمسـين يمينًا واسـتحَقَّ قيمتَه على العاقلةِ أوِ المدَّعى عليه كما تقرَّرَ.

(**وَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ**) أي: مع القتلِ المُدَّعَى (**لَوْثٌ، فَالْيَمِينُ**) وهي خمسـون أيضًـا (**عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيه**) على الأصلِ، فإنْ ردَّها على المُدَّعِي فهي خمسـونَ أيضًـا كالمردودةِ على المدَّعى عليه مِـن المُدَّعي مع اللَّوثِ، وعبارتُه ظاهرةٌ في نفيِ اللَّوثِ مُطلقًا؛ أي: بالنَّظرِ لأصلِ القتْلِ ولصفتِه مِن العَمدِ ومقابلِه، وقضيَّتُه

أنَّه لو ظهَرَ اللَّوثُ بالنِّسبةِ للقتْلِ دونَ صفتِه حلَفَ المُدَّعي الخمسينَ على القتْلِ وصفتِه بعدَ دَعْوى مُفصَّلةٍ وهو ما قال الشَّيخانِ[١] أنَّ إطلاقَ الأصحابِ يُفْهِمُه، وأنَّـه ليس ببعيدٍ، كما لا يُعتبَرُ ظهورُ اللَّوثِ في الانفرادِ وغيرِه، لكِنْ بعدَ أن ذَكَرا أنَّ الأصحَّ مِن الوجهيْنِ خلافُه واقتصَرا عليه في «المحرَّرِ» و«المنهاجِ»[٢].

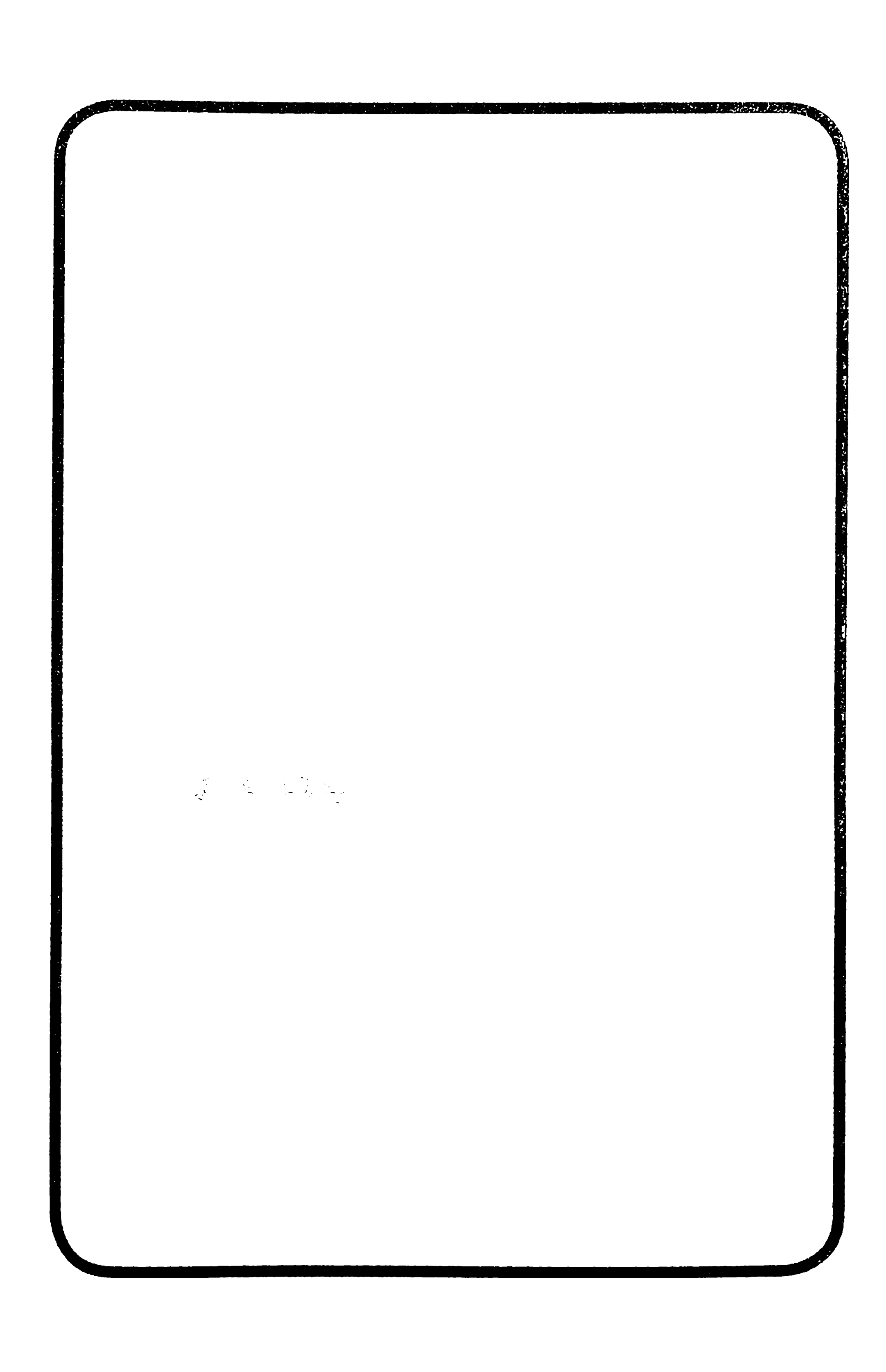
(وَعَلَـى قَاتِـلِ النَّفْسِ) عَمدًا أو خطأً أو شـبْهَ عَمـدٍ بمُباشـرةٍ أو غيرِها؛ أي: يلزَمُـه ويتعلَّقُ بـه ولو غيرَ مكلَّفٍ ورشـيدٍ، فيعتِـقُ الوليُّ عنه مِن مالِـه، ورقيقًا فيكفِّرُ بالصَّومِ، وكافرًا ويُتصوَّرُ إعتاقُه المسلمَ بنحْوِ استدعائِه ببيعٍ ضمنِيٍّ، نعَمْ الحَربـيُّ الذي لا أمـانَ له والجلادُ إذا قتـلَ بإذنِ الإمامِ وجَهِـلَ ظلْمَه بالقتلِ لا كفَّارةَ عليهما.

(الْمُحْتَرَمَةِ) أي: الَّتي يحرُمُ قتْلُها لاحترامِها في نفْسِـها ولو بالنِّسـبةِ إليه كعبدِ نفْسِه ونفسِه، وكمُرتدٍّ قتَلَه مثْلُه، بخلافِ غيرِ المحترمةِ كذلكَ كحربيٍّ وباغٍ قتلَه عادلٌ حالَ القتالِ، وكذراريِّ أهلِ الحربِ ونسائِهم وإن حرُمَ قتْلُهم؛ لأنَّ حُرمتَه ليس لاحترامِهم في نفْسِـهم بل لتفويتِهم إرقاقَهُم على المسلمينَ (كَفَّارَةٌ) وهي (عِتْـقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ سَـلِيمَةٍ مِنَ الْعُيُوبِ) المُضـرَّةِ بالعَمدِ، (فَإِنْ لَـمْ يَجِدِ) الرَّقبةَ المذكورةَ (صَامَ شَـهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) وتقدَّمَ شـرْحُ ذلكَ في فصْلِ الظِّهار فراجِعْه، وعُلِمَ مِن اقتصارِه على ما ذُكِرَ أنَّه لا إطعامَ هنا وهو الأظهرُ.



(١) «الشرح الكبير» (١١/ ١٩)، و«روضة الطالبين» (١٠/ ١٣).
(٢) «منهاج الطالبين» (ص ٢٨٨).

(كتاب الحدود)



(كتاب الحدود)

ذكَرَها بعدَ الجناياتِ بالقتْلِ وغيرِه لاشـتراكِهما في الجنايةِ، وبدَأَ بحدِّ الزِّنا؛ لأنَّه أكبَرُ الكبائـرِ بعدَ القتلِ، والزِّنا وهو بالقصْرِ أفصَحُ منه بالمدِّ: إيلاجُ الذَّكَرِ بفرجٍ مُحرَّمٍ لعينِه خالٍ عنِ الشُّبهةِ، فقالَ:

(**الزَّانِي عَلَى ضَرْبَيْنِ: مُحْصَنٌ**) وسيأتِي بيانُه، (**وَغَيْرُ مُحْصَنٍ**) وهو مقابلُه.

(**فَالْمُحْصَـنُ**) رجلًا كان أوِ امرأةً إذا كان مُختارًا عالمًا بالتَّحريمِ، وإن جهِلَ وجـوب الحدِّ ملتزمًـا للأحكامِ (**حَـدُّهُ الرَّجْمُ**) بـأن يُرمَى بالمُعتـدلِ مِن نحْوِ الأحجـارِ والمدَرِ والعِظـامِ حتَّى يموتَ، فلا يجوزُ رمْيُـه بالكبيرِ المُذفَّفِ لئلَّا يفـوتَ المقصـودُ مِن التَّنكيل، ولا بالصَّغيرِ الذي ليس لـه كبيرُ وقْعٍ لئلَّا يطولَ تعذيبُـه. وذكَـرَ الماوَرديُّ أنَّ الاختيـارَ -أي: فيما يُرجَمُ بـه[1]- أن يكونَ ملْءَ الكـفِّ، وأن يكونَ موقْفَ الرَّامي منه بحيثُ لا يبعُدُ عنه فيخطِئُه، ولا يدْنُو منه فيؤلِمُه.

وجميـعُ بدَنِـه محلٌّ للرَّجمِ، ويُختـارُ أن يتوقَّى الوجْهَ، ولا يُربَـطُ ولا يُقيَّدُ، ويُستَرُ عورةُ الرَّجلِ وجميعُ بدنِ المَرأةِ، ويُجابُ للشُّربِ دونَ الأكْلِ، ولصلاةِ ركعتيْنِ، وإن دخَلَ وقْتُ صلاةٍ أُمِرَ بها.

(**وَغَيْـرُ الْمُحْصَنِ**) الحُرِّ، رجلًا كان أوِ امرأةً إذا كان مُختارًا عالمًا بالتَّحريمِ وإن جهِـلَ وجـوبَ الحدِّ ملتزمًا للأحكامِ (**حَـدُّهُ مِئَةُ جَلْـدَةٍ**) أي: ضرْبُه بنحْوِ عصًـى معتدلٍ قـدْرًا ورطوبـةً، (**وَتَغْرِيبُ عَامٍ**) هلالـيٍّ مِن ابتدائِها السَّـفر بعدَ الجلْـدِ وهو أَوْلى، أو قبْلَه ولذا عبَّرَ بالواوِ، وعبَّرَ بالتَّغريبِ المُتبادرِ منه تغريبُ

---

(١) ليست في (ج)، (ع).

غيـرِه له؛ لأنَّـه لابدَّ مِن تغريـبِ الإمامِ، فلو غرَّبَ نفْسَـه لم يُعتَدَّ بـه، ولو عيَّنَ الإمامُ جهةً فليس له طلبُ غيرِها.

وإنَّما يُجزِئُ التَّغريبُ **(إِلَى مَسَـافَةِ الْقَصْرِ)** أي: إلى مرحلتيْنِ فأكثَرَ بحسبِ رأيِ الإمامِ مِن محَلِّ زِناه بشـرطِ أمْنِ الطَّريـقِ والمَقصدِ، وأن يكونَ مع المَرأةِ زوجٌ أو محرَمٌ، أو نِسـوةٌ ثقاتٌ، أو واحدةٌ ثقةٌ، أو ممسوحٌ ثقةٌ، أو عبدُها الثِّقةُ، وقد تقرَّرَ في بابِ الحجِّ جوازُ سفرِها وحدَها مع الأمْنِ للحجِّ الواجبِ، وقياسُه جـوازُ تغريبِهـا وحدَها مع الأمْنِ، وعليه قد يُحمَلُ نـصُّ «الأمِّ»[1] في موضعيْنِ على تغريبِها وحدَها، ولوِ امتنَعَ نحْوُ المحرمِ حينئذٍ لم يُجبَرْ، ويلزَمُها أجرتُه إذا لم يخرُجْ إلَّا بها، فإن أعسَـرَتْ لزِمَتْ بيتَ المـالِ، فإن تعذَّرَ أُخِّرَ التَّغريبُ إلى تيسُّرِه، والظَّاهرُ كما قال الأَذْرَعِيُّ[2] أنَّ الأمرَدَ الحسنَ الذي يُخافُ عليه الفتنةُ يَحتـاجُ إلى محرمٍ أو نحْوِه، ولو زَنَى ثانيًا فيما غُرِّبَ إليه غُرِّبَ في موضعٍ آخَرَ، ودخَلَتْ بقيَّةُ مدَّةُ الأوَّلِ في الثَّاني.

ولـو رجَـعَ إلى ما غُرِّبَ منه رُدَّ إلـى الموضعِ الذي غُرِّبَ إليه، واستُؤنفَتِ المُدَّةُ على الأصحِّ، كذا في «أصلِ الرَّوضةِ»[3].

وقال ابن الرِّفْعَةِ[4]: الأشبَهُ أن يقالَ: إن قلْنا بالاستئنافِ لم يتعيَّنْ ذلكَ البلَدُ. انْتَهى.

وهو وجيهٌ، وينبَغِي حمْلُ كلامِ «الرَّوضةِ»[5] على التَّمثيلِ، وفي «الرَّوضةِ»[6] عـنِ الرُّويانِـيِّ أنَّ الأصـحَّ أنَّه يلزَمُ المُغـرَّبَ أن يقيمَ في بلدِ الغُربـةِ حتَّى يكونَ

(١) «الأم» (٧/ ٣٣٨).
(٢) «قوت المحتاج» (٨/ ٥٨).
(٣) «الشرح الكبير» (١١/ ١٣٧).
(٤) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٧/ ١٨٣).
(٥) «روضة الطالبين» (١٠/ ٨٩).
(٦) «روضة الطالبين» (١٠/ ٩٠).

كالحبس، فلا يُمكَّن مِن الضَّربِ في الأرضِ؛ لأنَّه كالنُّزهةِ[١]. انْتَهى.

وهـذا أوجَـهُ ممَّا صحَّحَه قبلَ ذلـكَ أنَّه لا يُمنَعُ الانتقالُ إلـى بلدٍ آخَرَ، وإن جمَعَ في «شرحِ الرَّوضِ»[٢] بحمْلِ هذا على أنَّ المُرادَ ببلدِ الغُربةِ غيرُ بلدِه أي: ومـا دونَ مسـافةِ القصْرِ منها؛ لأنَّ ما عـداه بلادُ غربةٍ، وبقولِه: فـلا يُمكَّن مِن الضَّـربِ في الأرضِ أنَّـه لا يُمكَّن مِن ذلكَ في جميـعِ جوانبِها بل في غيرِ جانبِ بلدِه فقَطْ على ما عُرِفَ. انْتَهى.

ومؤنتُـه في مدَّةِ تغريبِه على نفسِـه، وهذا شـاملٌ للزَّوجةِ، ويُوجَّـهُ بأنَّها غيرُ ممكِّنةٍ فلا نفقةَ لها، فإن صحِبَها وتمتَّعَ بها فينبَغِي وجوبُ نفقتِها، ومؤنةُ الرَّقيقِ الآتي على سيِّدِه.

(وَشَرَائِطُ الْإِحْصَانِ) جمْعُ شريطةٍ **(أَرْبَعَةٌ)**:

(١) (الْبُلُوغُ)،

(٢) (وَالْعَقْـلُ) فلا إحصـانَ لصَبيٍّ ولا مجنونٍ فلا يُرجمـانِ، بل لا يُحدَّانِ مُطلقًـا؛ لأنَّ فعْلَهمـا لا يُوصَفُ بالتَّحريمِ، نعَمْ يؤدَّبـانِ بما يزجُرُهما، ولو زَنَى ظانًّا أنَّه غيرُ بالغٍ فبانَ أنَّه بالغٌ فوجهانِ أصحُّهما وجوبُ الحدِّ.

(٣) (وَالحُرِّيَّةُ) الكاملةُ، فلا إحصانَ لمَن فيه رقٌّ.

(٤) (وَوُجُـودُ الـوَطْءِ) في القُبُـلِ بتغييبِ الحَشـفةِ أو قدْرِها مِـن مقطوعِها حـالَ كمالِه بالبلوغِ والعقْلِ والحُرِّيَّـةِ الكاملةِ؛ أي: كونُه واطئًا كذلكَ وإن كان المَوطوءُ ناقصًا أو موطوءًا كذلكَ وإن كان الواطئُ ناقصًا.

---

(١) في (ش): «كالتنزه».

(٢) «أسنى المطالب» (٤/ ١٣٠).

(**فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ**[١]) ولو مع إكراهٍ أو نومٍ أو نحْوِ عدَّةِ شُبهةٍ أو نحْوِ حيضٍ وإحرامٍ، فلا إحصانَ مع انتفاءِ الوطءِ على الوجْهِ المذكورِ، وشمِلَ كلامُه ما لو كان الواطئُ أوِ المَوطوءُ مُرتدًّا أو ذمِّيًّا فيُرجمانِ.

وبما تقرَّرَ يُعلَمُ أنَّه يُعتبَرُ في الرَّجمِ وجودُ الكمالِ بالبلوغِ والعقلِ والحُرِّيَّةِ في حالتَيِ الزِّنا والوَطءِ في النِّكاحِ، وإن تخلَّلَهما نقْصٌ بنحوِ جنونٍ أو رقٍّ بأن أحصنَ حربيٌّ ثُمَّ استُرِقَّ ثُمَّ عتَقَ ثُمَّ زَنَى، فلا يُرجَمُ مَن وطِئَ ناقصًا في نكاحٍ ثُمَّ زَنَى كاملًا، وأنَّه لا حدَّ مُطلقًا على مَنْ زَنَى مُكرهًا أو غيرَ ملتزمٍ للأحكامِ؛ كمُعاهدٍ أو جاهلًا تحريمَه لقرْبِ عهدِه بالإسلامِ، أو بعْدِه عن أهلِه، وأنَّه يُحَدُّ مَن وُجِدَتْ فيه الشُّروطُ مِن الزَّانييْنِ دونَ الآخرِ.

(**وَالْعَبْدُ**) ومثْلُه المُبعَّضُ مُطلقًا وإن قلَّ رقُّه (**وَالْأَمَةُ**) ومثْلُها المُبعَّضةُ مُطلقًا وإن قلَّ رقُّها (**حَدُّهُمَا نِصْفُ حَدِّ الْحُرِّ**) غيرِ المُحصنِ، وهو خمسون جلدةً وتغريبُ نصفِ عامٍ، وتجْرِي هنا جميعُ الأحكامِ السَّابقةِ في تغريبِ الحُرِّ، والذي يتولَّى حدَّ غيرِ المُبعَّضِ هو السَّيِّدُ الكاملُ، ووليُّ المَحجورِ أوِ الإمامُ على ما فُصِّلَ في المُطوَّلاتِ، ثُمَّ إنْ غرَّبَه سيِّدُه فأجرةُ تغريبِه عليه أوِ الإمامُ ففي بيتِ المالِ.

وشمِلَ كلامُ المُصنِّفِ العبدَ الكافرَ، وإن خالَفَ الزَّرْكَشِيُّ تبعًا لجمْعٍ، ويدُلُّ عليه قولُهم للكافرِ حدُّ عبدِه الكافرِ، ولا يقدَحُ في ذلكَ أنَّه لا جزيةَ عليه، فهو كالمُعاهدِ الذي لا يُحَدُّ؛ لأنَّ المَرأةَ الذِّمِّيَّةَ تُحَدُّ ولا جزيةَ عليها، ولأنَّه تابعٌ لسيِّدِه[٢].

---

(١) جاءت في (ع)، (ن) من الشرح.

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٤/ ١٢٩).

(وَحُكْمُ اللِّواطِ) أي: الإتيانِ في دُبُرِ ذكرٍ ولو عبدَه، أو أنثى غيرَ أمتِه وزوجتِه حكمُ الزِّنا في أنَّه يُرجَمُ الفاعلُ المُحصنُ، ويُجلَدُ ويغرَّبُ غيرُه على التَّفصيلِ السَّابقِ، هذا هو الصَّحيحُ فيه. والثَّاني: أنَّه يُقتَلُ مُطلقًا.

وفي كيفيَّةِ قتْلِه أوجهٌ: أحدُها: بالسَّيفِ. والثَّاني: بالرَّجمِ. والثَّالثُ: بهدْمِ جدارٍ عليه أو رمْيِه مِن شاهقٍ. قال في «الرَّوضةِ»[1]: قلْتُ: أصحُّها بالسَّيفِ، واللهُ أعلمُ.

أمَّا المفعولُ به فإن كان غيرَ مكلَّفٍ أو مُكرهًا فلا حدَّ عليه ولا مهرَ له، وإن كان مكلَّفًا طائعًا فيُجلَدُ ويُغرَّبُ لا غيرُ، ذكرًا كان أو أنثى، محصنًا كان أو لا.

أمَّا أمتُه فإن لم تكُنْ محرمًا فلا يُحدُّ بإتيانِ دُبُرِها أو دُبُرِ زوجتِه، لكن يُعزَّرُ فيما عدا المَرَّةِ الأولى كما عبَّرَ به بعضٌ، أو فيما بعدَ منعِ الحاكمِ كما عبَّرَ به بعضٌ آخَرُ، وإن كانت محرمًا له فلا يُحَدُّ بإتيانِ قُبُلِها لشُبهةِ الملْكِ، بخلافِ إتيانِ دُبُرِها على ما نقَلَه ابنُ الرِّفْعَةِ[2] عنِ «البحرِ المُحيطِ» وأقرَّه، لكن ظاهرُ كلامِهم خلافُه.

(وَ) حكمُ (إِتْيانِ الْبَهَائِمِ) مأكولةً أو لا (حُكْمُ الزِّنَا) في أنَّه يُرجَمُ الفاعلُ المُحصَنُ ويُجلَدُ ويُغرَّبُ غيرُه على ما تقدَّمَ؛ لأنَّه إيلاجٌ في فرْجٍ فأشبَهَ الإيلاجَ في فرْجِ المَرأةِ، وقيلَ: حكمُه أن يُقتَلَ مُحصنًا كان أو غيرَه، وقيلَ: حُكمُه أنَّه يُعزَّرُ مُطلقًا فقَطْ، وهو الأظهَرُ في «الرَّوضةِ»[3] و«أصلِها»[4].

---

(١) «روضة الطالبين» (١٠/ ٩١).

(٢) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٧/ ١٩٠).

(٣) «روضة الطالبين» (١٠/ ٩٢).

(٤) «الشرح الكبير» (١١/ ١٤٢).

فإن قلْنا: يُقتلُ، ففي كيفيَّةِ قتْلِه الخلافُ السَّـابقُ في اللِّواطِ، وفي قتْلِ البهيمةِ ومـا يتعلَّقُ به كلامٌ طويلٌ في «الرَّوضةِ»[١] و«أصلِها»[٢]، وصرَّحَ غيرُهما بتفريعِ قتْلِها الذي صحَّحَاه[٣] على قتْلِ الفاعلِ، فعلى الأظهرِ لا يجِبُ قتْلُها بل يجوزُ بغيـرِ الذَّبحِ، لكن صحَّ الحديثُ بالأمْرِ بقتْلِهـا، فيُحتاجُ للجوابِ عنه، ويُمكِنُ أن يُحمَلَ قتْلُها فيه على ذبْحِ المأكولةِ، والأمرُ على الاستحبابِ.

(**وَمَنْ وَطِئَ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ**) كأن أولَجَ بينَ الفَخذيْنِ أوِ استمتَعَ بنحو قُبْلةٍ أوِ استـمْنَى بغيرِ يدِ زوجتِه وأمتِه، أو مكَّنَ قردًا مِن نفسِه (**عُزِّرَ، وَلَا يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ**) المُجانسِ للحدِّ، (**أَدْنَى الْحُدُودِ**) للمُعزَّرِ فلا يُزادُ تعزيرُ حُرٍّ على تسـعٍ وثلاثينَ جلدةً، ولا تعزيرُ عبدٍ على تسـع عشـرَةَ، أمَّا غيرُ المُجانسِ له كالحبْسِ فيتعلَّقُ باجتهادِ الإمامِ.



(١) «روضة الطالبين» (١٠/ ٩٢).

(٢) «الشرح الكبير» (١١/ ١٤٣).

(٣) في (ش): «صححناه».

(فَصْلٌ)
في حدِّ القذفِ

وهو الرَّميُ بالزِّنا على وجْهِ التَّعييرِ.

والواوُ للاستئنافِ في قولِه: **(وَإِذَا قَذَفَ)** أي: رَمَى أحدٌ **(غَيْرَهُ بالزِّنا)** أي: نسَبَه إليه على وجْهِ التَّعييرِ لا الشَّهادةِ بشرْطِها بغيرِ إذْنِه ملتزمًا للأحكامِ مُختارًا عالمًا بالتَّحريمِ **(فَعَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ)** فلا حدَّ على شاهدِ الجرحِ أوِ الإقرارِ وإنِ انفرَدَ، ولا على شاهدِ غيْرِه إذا كان أربعةً، وإن رُدَّتْ شهادتُهم لنحْوِ فسقٍ أو عداوةٍ، بخلافِ مَن دونَ الأربعةِ، والأربعةُ إذا كان أحدُهم الزَّوجَ أو كانُوا نحْوَ عبيدٍ أو نساءٍ، ولا على المأذونِ له في القذْفِ وإن أَثِمَ، ولا على حربيٍّ ولا مُكرهٍ، ومثْلُه المُكرهُ بكسْرِ الرَّاءِ، ولا جاهلٍ بالتَّحريمِ لقرْبِ إسلامِه أو بُعْدِه عنِ العلماءِ.

(وَشَرَائِطُهُ[1]**)** أي: وجوبُ حدِّ القذفِ وراءَ ما عُلِمَ وهو جمْعُ شريطةٍ **(ثَمَانِيَةٌ: ثَلَاثَةٌ مِنْهَا)** مشترطةٌ **(فِي الْقَاذِفِ، وَهُوَ)** أي: مجموعُها **(أَنْ يَكُونَ بَالِغًا، عَاقِلًا)** وإن سكِرَ بتعدٍّ، **(وَ)** أن **(لَا يَكُونَ وَالِدًا)** وإن عَلَا، ولا والدةً وإن عَلَتْ **(لِلْمَقْذُوفِ)** فلا حدَّ على صَبيٍّ ومجنونٍ، لكن يُعزَّرُ المُميِّزُ والمجنونُ زجرًا وتأديبًا، ويسقُطُ بالبلوغِ والإفاقةِ، ولا على أصْلٍ ذكرٍ أو أنثى وإن عَلَا كما لا يُقتَلُ به، لكنَّه يُعزَّرُ للإيذاءِ.

(وَخَمْسَةٌ) منها مشترطةٌ **(فِي الْمَقْذُوفِ، وَهُوَ)** أي: مجموعُها **(أَنْ يَكُونَ)** مُحصنًا بأن يكونَ **(مُسْلِمًا، بَالِغًا، عَاقِلًا، حُرًّا، عَفِيفًا)** عن وطءٍ يُحَدُّ به أو لدُبُرِ

---

(١) في (ش): «وشرطه».

زوجتِـه أو أمتِـه، أو لمحرمٍ بنسـبٍ أو رضـاعٍ أو مصاهرةٍ مملوكـةٍ له، فلا حدَّ بقـذْفِ كافـرٍ أو صبيٍ أو مجنونٍ أو رقيقٍ أو غيرِ عفيـفٍ ولو بعدَ توبتِه وصلاحِ حالِه، بل يُعزَّرُ.

نعَمْ لو قذَفَ مجنونًا بزِنًا أضَافَه لِما قبْلَ جنونِه حُدَّ، ولوِ ادَّعى القاذفُ جنونَ المقذوفِ حالَ قذْفِه وادَّعى المقذوفُ خلافَه، فإن عُرِفَ له حالةَ جنونٍ صُدِّقَ القاذفُ.

ولـو زَنَى وهو عبدٌ أو كافرٌ لم يُحَدَّ قاذفُه بعدَ كمالِه ولو بغيرِ ذلكَ الزِّنا، ولا يلزَمُ الحاكمَ البحثُ عن إحصانِ المقذوفِ، بل يُقيمُ الحدَّ على القاذفِ لظاهرِ الإحصانِ تغليظًا عليه لعصيانِه بالقذْفِ.

ولـو طلَبَ المَقـذوفُ أو وارثُه الحَدَّ، فللقاذفِ تحليفُه أنَّـه ما زَنَى أو أنَّه لا يعلَمُ زنا مورِّثِه، وحدُّ القذْفِ وتعزيرُه يرِثُهما كلُّ الورثةِ، ثُمَّ السَّلطانُ.

وللعبدِ طلبُ قاذفِه ولو سـيِّدَه بالتَّعزيرِ، فإن مـاتَ والقاذفُ أجنبيٌّ فالطَّلَبُ لسـيِّدِه دونَ ورثتِـه والسُّـلطانِ، ولا يسـتوفي لصبيٍّ ولا لمجنونٍ، بـل هما بعدَ كمالِهما، أو وارثُهما بعدَ موتِهما.

(**وَيُحَدُّ الحُرُّ**) القَاذِفُ[1] حالةَ القذفِ ومثْلُه الحُرَّةُ (**ثَمَانِينَ**) جلْدَةً (**وَالْعَبْدُ**) حالةَ القذفِ ومثْلُه الأمةُ والمُبعَّضُ منهما حينئذٍ (**أَرْبَعِينَ**) جلْدَةً.

(**وَيَسْـقُطُ حَدُّ الْقَذْفِ بِثَلَاثَةِ أَشْـيَاءَ: إِقَامَةُ البَيِّنَةِ**) بزنا المقذوفِ، نعَمْ لو أقامَ بينـةً بزنا المقذوفةِ وأقامَتْ بيِّنةً ببكارَتِها، أو أقامَ بيِّنةً بإقرارِها بالزِّنا ثُمَّ رجعَتْ عنِ الإقرارِ لم يُحَدَّ واحدٌ منهما.

---

(١) جاءت في (ع)، (ش)، (ك) من المتن.

(أَوْ عَفْـوُ الْمَقْـذُوفِ) عن كلِّـه ولو بمالٍ وإن لم يثبُتِ المـالُ، فلو عَفَى عن بعضِه لم يسـقُطْ شـيءٌ منه كما قالـه الرَّافِعِيُّ[1] في بابِ الشُّـفعةِ، ولو عَفَى عنِ التَّعزيرِ سقَطَ حقُّ الآدميِّ، وللإمامِ استيفاؤُه لحقِّ اللهِ تعالى.

(أَوْ اللِّعَانُ فِي حَقِّ الزَّوْجَةِ) ويسقُطُ أيضًا بإذنِ المقذوفِ في قذْفِه كما تقدَّمَ، وبزنا المقذوفِ قبلَ اسـتيفاءِ الحدِّ، وبعفْوِ كلِّ الورثةِ أوِ الإمامِ حيثُ لا وارثَ غيـرُه، ولـو عَفَى بعـضُ الورثةِ فللباقـي اسـتيفاؤُه جميعه، ولو طلَبَـه بعضُهم أجيبَ، وإن سكَتَ الباقي أو غابَ أو لم يكُنْ مكلَّفًا.

فرْعٌ: لو سبَّ إنسانٌ إنسانًا جازَ للمسبوبِ أن يسُبَّ السَّابَّ بقدْرِ ما سبَّهَ، ولا يجوزُ أن يسُـبَّ أباه ولا أمَّه، وإنَّما يجوزُ سـبُّه بما ليس كذبًا ولا قذفًا؛ كقولِه: «يـا ظالمُ يـا أحمقُ»؛ لأنَّ أحدًا لا يـكادُ ينفَكُّ عن ذلكَ، وإذا انتصَرَ بسـبِّه فقَدِ اسـتوْفَى ظُلامتَه وبرِئَ الأوَّلُ مِن حقِّه، وبقِيَ عليه إثمُ الإيذاءِ، والإثمُ لحقِّ اللهِ تعالى، وقيلَ: يرتفِعُ عنه جميعُ الإثمِ بانتصارِه منه.



(١) «الشرح الكبير» (٥/ ٥٣١).

(فَصْلٌ)
في حَدِّ شَارِبِ المُسْكِرِ

(وَمَنْ شَرِبَ) مُسلمًا مكلَّفا مُختارًا عالمًا بالتَّحريمِ (خَمْرًا) وهي ماءُ العنبِ إذا اشتدَّ وقذَفَ بالزَّبدِ، ومعلومٌ أنَّها مُسكرةٌ، (أَوْ شَرَابًا) آخرَ (مُسْكِرًا) بأنِ اتُّخِذَ مِن غيرِ العِنبِ كالرُّطبِ والتَّمرِ والرُّمَّانِ والزَّبيبِ والخُبزِ والعَجينِ، وفي معنى الشُّربِ أكْلُ ثخينِها أو ما ثُرِّدَ به، (يُحَدُّ) وإن كان المشروبُ قدْرًا لا يُسكِرُ (أَرْبَعِينَ) جلدةً وإن كان حُرًّا، وعشرين جلدةً إن كان فيه رِقٌّ وإن قلَّ.

(وَيَجُوزُ) للإمامِ (أَنْ يَبْلُغَ بِهِ) أي: يُحدُّ الحُرُّ (ثَمَانِينَ) جلدةً ويُحدُّ مَن فيه رِقٌّ أربعينَ جلدةً إذا رَأَى ذلكَ (عَلَى وَجْهِ التَّعْزِيرِ) بما زادَ على الأربعين في الأوَّلِ، وعلى العشرين في الثَّاني، وعبارةُ «المنهاجِ»[1]: والزِّيادةُ تعزيراتٌ، وقيل: حدٌّ. انْتَهى.

وقضيَّةُ كونِها تعزيراتٍ ضمانُه إذا تلِفَ بها، والقياسُ ضمانُه بنصفِ الدِّيَةِ أو القيمةِ لحصولِ التَّلفِ مِن مضمونٍ وغيرِه، فإنَّ الحدَّ غيرُ مضمونٍ، ولا يجوزُ حدُّه حالَ سُكْرِه.

وهل يُعتَدُّ به حينئذٍ؟ وجهانِ في «الكفايةِ»[2] عنِ القاضي، والأصحُّ كما قال البُلقِينيُّ[3] والأَذْرَعِيُّ[4] الاعتدادُ به؛ لظاهرِ خبرِ البُخاريِّ[5].

(١) «منهاج الطالبين» (ص ٣٠٣).
(٢) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٧/ ٤٠٩).
(٣) «التدريب في الفقه الشافعي» (٤/ ٢٠١).
(٤) «قوت المحتاج» (٩/ ٢١٦).
(٥) رواه البخاري (٦٧٨١) من حديث أبي هُرَيْرَةَ، قال: أُتِيَ النَّبِيُّ ﷺ بِسَكْرَانَ، فَأَمَرَ بِضَرْبِهِ. فَمِنَّا مَنْ يَضْرِبُهُ.. الحديث.

وقـد تشـكِلُ الحُرمةُ مع ظاهرِ الخبَـرِ، وقد يُجابُ بحمْلِ السَّـكرانِ فيه على الشَّـاربِ قبـلَ تغيُّـرِ عقْلِـه، ولا حـدَّ على كافرٍ ولـو ذمِّيًّا لعـدمِ التزامِـه أحكامَ المُسـكرِ، ولا على صبيٍّ ومجنونٍ لعـدمِ تكليفِهما، لكن ينبَغِـي تعزيرُ المُميِّزِ، ولا على مُكرهٍ ولا جاهلٍ بالتَّحريمِ.

ويحـرُمُ التَّـداوي بصرْفِ المُسـكرِ بشـرْبٍ أو غيـرِه، وشـرْبُه للعَطشِ ومع تحريمِه لِما ذُكِرَ لا حدَّ به، وإن وُجِدَ غيرُه للشُّبهةِ، ولوِ استهلَكَ المُسكِرَ في غيرِه جازَ التَّداوي به كصرْفِ بقيَّةِ النَّجاسـاتِ إن أخبرَ طبيبٌ عدْلٌ بنفْعِ ذلكَ وتعيُّنِه، ومحلُّ حرمةِ شـرْبِه للعَطشِ ما لم يتعيَّـنْ لدفْعِ الهلاكِ، وإلَّا جازَ بل وجَبَ كما نقَلَه الإمامُ عن إجماعِ الأصحابِ، وهو واضحٌ، ولا يبعُدُ أن يلحَقَ بالهلاكِ نحو تلفِ عضوٍ أو منفعته.

ويُؤخَذُ مِن ذلكَ أنَّه لو شـمَّ الصَّغيرُ رائحةَ المُسـكرِ وخِيفَ عليه إن لم يُسْقَ منه جوازُ سقْيِه منه ما يدفَعُ عنه الضَّررَ، وهو ظاهرٌ، ويُؤخَذُ مِن التَّعبيرِ بالشُّرْبِ فرْضُ الكلامِ في المُسـكرِ المائعِ، فخرَجَ المُسكرُ الجامدُ كالحشيشةِ والجوزةِ، فهو وإن حرُمَ القدْرُ المسكرُ منه ليس فيه إلَّا التَّعزيرُ.

(وَيَجِـبُ) الحَدُّ **(عَلَيْهِ)** أي: على مَن شـربَ مـا ذُكِرَ **(بِأَحَدِ أَمْرَيْـنِ: بِالبَيِّنَةِ)** وهي رجلانِ، ويكْفِي أن يشـهَدَ بأنَّه شـرِبَ خمرًا أو مُسـكرًا وإن لـم يقُلْ: وهو عالمٌ مُختارٌ، **(أَوِ الإِقْرَارِ)** ويكْفِي أن يقولَ: شربْتُ خمرًا أو مُسكرًا وإن لم يقُلْ: وأنا عالمٌ مُختارٌ، وكالبيِّنةِ والإقرارِ عِلْمُ السَّيِّدِ.

(وَلَا يُحَـدُّ) أي: لا يجـوزُ أن يُحَـدَّ أحـدٌ بالاسـتدلالِ علـى شـرْبه **(بِالْقَيْءِ وَالِاسْـتِنْكَاهِ)** أي: ظهورِ رائحةِ المُسـكرِ، ولا بالسُّـكرِ لاحتمالِ العُـذْرِ؛ لغلطٍ أو إكراهٍ.

(فَصْلٌ)
في حَدِّ السَّرِقَةِ

وهي أَخْذُ المالِ خفيةً بشروطٍ.

والواوُ للاستئنافِ في قولِه: **(وَتُقْطَعُ)** وجوبًا **(يَدُ السَّارِقِ)** المُختارِ للسَّرقةِ العالمِ بتحريمِها المُسلمِ أوِ الذِّمِّيِّ، أو رجْلُه على التَّفصيلِ الآتِي **(بِستِّ شَرَائِطَ)** جمْعُ شريطةٍ أي: خصلةٌ مشروطةٌ:

الأولى والثَّانيةُ: (أَنْ يَكُونَ بَالِغًا) وأن يكونَ **(عَاقِلًا)** فلا يُقطَعُ صَبيٌّ ولا مجنونٌ لرفْعِ القلَمِ عنهما، لكن يعزَّرانِ إن كانا مُميِّزيْنِ.

(وَ) الثَّالثةُ: (أَنْ يَسْرِقَ نِصَابًا) في الواقعِ ولو لجَماعةٍ بأن يُخرِجَه مِن حرْزِ مثْلِه وإن ظنَّه دونَ نصابٍ، فلا قطْعَ بسرقةِ ما دونَه وإن أتلَفَ باقيه بأكْلٍ أو غيرِه قبلَ إخراجِه.

والمُرادُ بالنِّصابِ ما **(قِيمَتُهُ)** حالَ سرقتِه **(رُبُعُ دِينارٍ)** أي: مثقالٍ، ذهبًا خالصًا مضروبًا مُطلقًا بشرطِ قطْعِ المُقوِّمين بذلكَ، فلو قالُوا: نظُنُّ أنَّه يُساوِي ربُعًا فلا قطْعَ بسرقتِه، وإن كان ذهبًا اشتُرِطَ مع ذلكَ أن يكونَ وزْنُه ربُعَ مثقالٍ، والحاصلُ أنَّ المسروقَ إن كان ذهبًا اشتُرِطَ أن يبلُغَ ربُعَ مثقالٍ ذهبًا مضروبًا وزنًا وقيمةً، فلا قطْعَ بسبيكةِ ذهبٍ تُساوِي ربُعًا وزنًا لا قيمةً، ولا بخاتمِ ذهبٍ يُساوِي ربُعًا قيمةً لا وزنًا، وإن كان غيرَ ذهبٍ فضَّةً كان أو غيرَها اشتُرِطَ أن تساوِيَ قيمتُه ربُعَ مثقالٍ ذهبًا مضروبًا، ولا اعتبارَ بالوزْنِ.

(وَ) الرَّابعةُ: أن يسرِقَ النِّصابَ **(مِنْ حِرْزِ مِثْلِهِ)** فلا قطْعَ بسرقتِه من غيرِ حرْزِ مثْلِه، والمُحكمُ في الحرْزِ العُرفُ، فالعرصةُ أوِ الصفةُ من نحْوِ الدَّارِ والخانِ

لغيرِ السُّكَّانِ ونحْوِهم حرزٌ لنحوِ الآنيةِ الخسيسةِ وثياب البذلةِ، والمخزنُ والبيتُ حرزٌ لنحْوِ الحليِّ والنقْدِ والثيابِ والأواني النَّفيسةِ، والاصطبلُ حرزٌ للدَّوابِ ولو نفيسةً دونَ غيْرِها كالنُّقودِ والثِّيابِ.

نعَمْ استَثْنى البُلقِينيُّ وغيرُه آنيةَ الاصطبلِ كالسَّطلِ وثيابِ الغلام وآلاتِ الدَّوابِّ من سُروجٍ وبرادعَ ولُجمٍ ورحالِ جمالٍ وقِرْبةِ السِّقاءِ والرَّاويةِ ونحْوِ ذلكَ ممَّا جرَتِ العادةُ بوضْعِه في اصطبلاتِ الدَّوابِّ.

وإن وضَعَ متاعَه في صحراءَ أو مسجدٍ أو شارعٍ، فإن أعرَضَ عنه كأنْ ولَّاه ظهْرَه أو ذهَلَ عنه بشاغلٍ أو نامَ فليس مُحرزًا، وإن دامَ ملاحظتُه مَن يبالِي به لقوَّةٍ أوِ استغاثةٍ أو نامَ لابسًا لنحْوِ عمامتِه أو مداسِه أو خاتمِه، أو على ثوبِه فمُحرزٌ وإن ضمَّ نحْوُ العطَّارِ والبقَّالِ الأمتعةَ وربَطَها بحبلٍ على بابِ الحانوتِ أو أرْخَى عليها شبكةً، أو خالف لوحيْنِ على بابِ حانوتِه فمحرزٌ نهارًا، وإن نامَ أو غابَ وكذا ليلًا بحارسٍ.

ولا بدَّ في دارٍ حصينةٍ منفردةٍ عن عمرانِ البلدِ أو ببَرِيَّةٍ مِن حارسٍ دائمِ الملاحظةِ مع فتْحِ البابِ لا مع إغلاقِه حتَّى لو كان فيها مع إغلاقِه مبالي به ولو نائمًا كَفَى، وإن كانت في البلدِ كَفَى إغلاقُها ولو مع نومِ الحارسِ ولو في زمنِ خوفٍ ليلًا أو نهارًا، وكذا مع غيبتِه في زمنِ الأمْنِ نهارًا، وما في الجيبِ والكمِّ محرزٌ بهما، وكذا المَربوطُ في العمامةِ أوِ المشدودُ بها.

ولوِ استحفَظَ شخصًا على ثوْبِه أو حانوتِه المفتوحِ فأجابَهُ ضمِنَ بإهمالِه، ولم يقطَعْ بسرقتِه هو، أو على حانوتِه المغلقِ لم يضمَنْ بإهمالِه ويقطعُ بسرقتِه هو، ومِن هنا يؤخَذُ عدمُ ضمانِ الخفراءِ[1] بإهمالِ الحوانيتِ المغلقةِ.

---

(١) في (ج): «الغفراء».

(وَ) **الخامسةُ**: أن يكونَ المسروقُ **(لَا مِلْكَ لَهُ فِيهِ)** لا حقيقةً ولا حكمًا حينَ إخراجِه من حرْزِه، فلا قطْعَ بسرقةِ ما له فيه ملكٌ حقيقةً أو حكمًا حينئذٍ، كأن سرَقَ مالَه الذي بيدِ غيرِه ولو مرهونًا، أوِ المالَ المشتركَ بينَه وبينَ غيرِه، أو ما ملَكَه بنحْوِ إرثٍ بعدَ دخولِه الحرْزَ، أو سرَقَ ما اشتراه مِن يدِ البائعِ ولو قبْلَ تسليمِ الثَّمنِ أو وهو في زمنِ الخيارِ، أو ما باعَه مِن يدِ المُشتري في زمنِ الخيارِ، أو ما وقَفَ عليه أو ما اتَّهَبَه وقبِلَه قبلَ قبضِه، أو سرَقَ فقيرٌ المُوصَى به للفقراءِ، بخلافِ ما لو سرَقَ شخصٌ ما أُوصِيَ له به قبلَ المَوتِ وهو ظاهرٌ، وكذا بعدَه وقبلَ القبولِ.

وقد يُفرَّقُ بينَ القَطعِ هنا وعدمِه في الموهوبِ قبلَ قبضِه بتقصيرِه هنا بتَركِ الملْكِ الذي هو إليه وهو القبولُ لا هناكَ؛ لأنَّ التملُّكَ الذي هو القبضُ ليس إليه.

ولو ملَكَ المسروقُ بعدَ السَّرقةِ وقبلَ الرَّفعِ للحاكمِ فلا قطْعَ، ولوِ ادَّعى ملْكَه أو ملْكَ حرزِه أو مالكيَّتَه وهو مجهولٌ، بخلافِ معلومِ الحُرِّيَّةِ أو إذْنِه في الأخْذِ أو أخْذِه من غيرِ حرزٍ أو نقصِه عن نصابٍ سقَطَ القطعُ بمُجرَّدِ دَعْواه، وإن ثبتَتِ السَّرقة بالبيِّنةِ لاحتمالِ صدْقِه فصارَ شُبهةً دارئةً للقطعِ، وقضيَّتُه أنَّه لو قُطِعَ بكذبِه قطعَ.

(وَ) **السَّادسةُ**: أن يكونَ السَّارقُ **(لَا شُبْهَةَ)** **لَهُ** **(فِي مَالِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ)** فلا قطْعَ بسرقةِ مالِ أصْلِه وإن عَلَا أو فرْعِه وإن سفُلَ، أو ما ادَّعى أنَّه مالُ أصْلِه أو فرْعِه لذلكَ، وسواءٌ أكانَ السَّارقُ حُرًّا أم عبدًا كما صرَّحَ به الزَّرْكَشِيُّ تفقُّهًا مؤيِّدًا له بما ذكَرُوا أنَّه لو وطِئَ الرَّقيقُ أمةَ فرْعِه الحُرِّ لم يُحَدَّ للشُّبهةِ، ولا بسرقةِ مالِ سيِّدِه أو أصْلِه أو فرْعِه أو ما ادَّعى أنه مالُ سيِّدِه أو أصْلِه أو فرْعِه، وإن كان

السَّارقُ مكاتبًا أو مُبعَّضًا، ولا بسرقةِ السَّيِّدِ مالَ مبعَّضٍ يملِكُ بعْضَه[1]. ويُقطَعُ أحدُ الزَّوجيْنِ بسرقةِ مالِ الآخرِ، وبعضُ الأقاربِ بسرقةِ مالِ بعْضِهم.

(**وَتُقْطَعُ يَدُهُ الْيُمْنَى**) ولو شلَّاء إن أمِنَ نزْفَ الدَّمِ، أو زائدةَ الأصابعِ أو فاقدتَها خلقةً أو عروضًا وإن تكرَّرَتِ السَّرقةُ قبلَ قطْعِها، فيكْفِي قطْعُها عنِ الجميعِ، وكذا يقالُ في رجْلِه اليُسرى وما بعدَها، ولو سقَطَتْ بعدَ السَّرقةِ بآفةٍ أو غيرِها كقَوَدٍ أو شُلَّتْ وخيفَ نزْفُ الدَّمِ، سقَطَ القطعُ فلا يُقطَعُ ما بعدَها.

وإنَّما تُقطَعُ (**مِنْ مَفْصِلِ الكُوعِ**) بحادٍّ بعدَ أن تُمَدَّ حتَّى تنخلِعَ تسهيلًا للقطْعِ، وكذا يقالُ في رجْلِه اليُسرى وما بعدَها.

قال في «الرَّوضةِ»[2]: وليكُنِ المقطوعُ جالسًا ويُضبَطُ لئلَّا يتحرَّكَ.

(**فَإِنْ سَرَقَ ثَانِيًا**) ولوِ المسروقَ أوَّلًا بعدَ فقْدِ يدِه اليُمنى لقطْعِها في السَّرقةِ الأولى أو لغيرِ ذلكَ أو أوَّلًا بعدَ فقْدِها بآفةٍ أو غيْرِها كقودٍ أو شللِها مع خوفِ نزْفِ الدَّمِ (**قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُسْرَى**) من مفصلِ القدمِ بعدَ اندمالِ يدِه.

(**فَإِنْ سَرَقَ ثَالِثًا**) بعدَ فقْدِ يدِه اليُمنى ورجْلِه اليُسرى لقطْعِهما في السَّرقةِ أو لغيرِ ذلكَ أو أوَّلًا أو ثانيًا بعدَ فقْدِهما بآفةٍ أو غيرِها على قياسِ ما قبْلَه (**قُطِعَتْ يَدُهُ الْيُسْرَى**) من مفصلِ الكُوعِ بعدَ اندمالِ ما قبْلَها على قياسِ ما تقدَّمَ، وكذا في الباقي.

(**فَإِنْ سَرَقَ رَابِعًا**) بعدَ فقْدِ الأعضاءِ الثَّلاثةِ المذكورةِ لقطْعِها في السَّرقاتِ أو لغيرِ ذلكَ أو أوَّلًا أو ثانيًا أو ثالثًا بعدَ فقْدِها بآفةٍ أو غيْرِها على قياسِ ما قبْلَه أيضًا (**قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُمْنَى**) من مفصلِ القدمِ.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٤/ ١٤٠).

(٢) «روضة الطالبين» (١٠/ ١٤٩).

والقاطعُ للأعضاءِ المذكورةِ هو الإمامُ أو نائبُه، فلو قطعَها السَّارقُ بإذْنِ الإمامِ أجزأَ على ما في «الرَّوضِ» كأصْلِه قُبيلَ الطَّرفِ الثَّاني من بابِ استيفاءِ القِصاصِ، خلافَ ما ذَكَرَاه من أوَّلِ البابِ الثَّاني من أبوابِ الوكالةِ.

(**فَإِنْ سَرَقَ بَعْدَ ذَلِكَ**) أي: بعد قطْعِ الأربعِ أو كانت مفقودةً (**عُزِّرَ**) أي: عزَّرَه الإمامُ أو نائبُه بما يَرَاه (**وَقِيلَ: يُقْتَلُ صَبْرًا**)؛ لأنَّه ﷺ أمَرَ بقطْعِ السَّارقِ في الأربعةِ وقال في الخامسةِ: «اقْتُلُوه». رواه أبو داودَ[١] والنَّسَائيُّ[٢].

وأجيبَ بأنَّه منسوخٌ، أو مؤوَّلٌ بقتْلِه لاستحلالٍ ونحْوِه، بل ضعَّفَه الدَّارقطنِيُّ وغيرُه.

وقال ابنُ عبدِ البرِّ[٣]: إنَّه منكرٌ لا أصلَ له.

وفي «القاموس»[٤]: صَبَرَه يصبُرُه حبَسَه، وصَبْرُ الإنسانِ وغيرِه على القتلِ: أن يُحبَسَ ويُرْمَى حتَّى يموتَ، وقد قتَلَه صبرًا وصَبَرَه عليه، ورجلٌ صبورٌ ومصبورٌ للقتْلِ. انْتَهى. لكنِ المُرادُ هنا أنَّه يُمسَكَ ويُقتَلُ.



---

(١) «سنن أبي داود» (٤٤١٠).

(٢) «سنن النسائي الكبرى» (٧٤٢٩).

(٣) «الاستذكار» (٧/ ٥٤٩).

(٤) «القاموس المحيط» (ص ٤٢١).

(فَصْلٌ)
فِي حُكْمِ قُطَّاعِ الطَّرِيقِ

وسُمُّوا بذلكَ لمنْعِهم المُرورَ فيها ببُروزِهم لأخْذِ المالِ أو غيرِ ذلكَ ممَّا يُعلَمُ ممَّا سيأتِي.

ومِن شروطِهم: التَّكليفُ والالتزامُ، واعتمادُ الغلَبةِ والقوَّةِ، مع البعدِ عنِ الغوثِ والعجزِ عن دفْعِهم، لا الذكورةُ ولا الحُرِّيَّةُ ولا العددُ، فخرَجَ غيرُ المكلَّفِ وغيرُ الملتزمِ كالمُعاهدِ ومَن يعتمِدُ الهربَ، أو يمكِنُ دفْعُه بالقوَّةِ أوِ الاستغاثةِ، فلا تثبُتُ لهم أحكامُ القطَّاعِ حتَّى لوِ استسلَمَتِ القافلةُ لهم مع إمكانِ دفْعِهم لم يكونوا قطَّاعًا وإن ضمِنُوا النَّفسَ والمالَ، نعَمْ يعزَّرُ المُراهقون[1]، والمتَّجِهُ عندي الاكتفاءُ بالتَّمييزِ.

(**وقُطَّاعُ الطَّرِيقِ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ**)؛

(١) لأنَّهم (**إِنْ قَتَلُوا**) قتلًا يوجِبُ القِصاصَ (**وَلَمْ يَأْخُذُوا الْمَالَ: قُتِلُوا**) وتحتَّمَ قتْلُهم، فلا يسقُطُ بعفْوِ الوَليِّ أو الإمامِ.

قال في «الخادمِ»: وصورةُ المسألةِ أن يقتُلَ لأخْذِ المالِ كما قاله البَنْدَنِيجِيُّ، فلو قتَلَ لغيرِه لم يتحتَّمْ قتْلُه كما حَكَاه في «الكفايةِ».

وهل يُصدَّقُ في دَعْواه ذلكَ؟ فيه نظرٌ، ويُحتمَلُ التَّفصيلُ بينَ ألَّا يأخُذَ المالَ فيُقبَلُ قوْلُه؛ للقَرينةِ، وبينَ أن يأخُذَه ثُمَّ يدَّعِي أنَّه إنَّما أخَذَه بعدَ القتْلِ فلا يُقبَلُ؛ للتُّهمةِ. انْتَهى.

قال الأَذْرَعِيُّ[2] بعدَ إيرادِ كلامِ البَنْدَنِيجِيِّ: والظَّاهرُ أنَّه يُصدَّقُ في ذلكَ إذا لم

---

(١) في (ج): «المنافقون».

(٢) «قوت المحتاج» (٩/ ١٨٧).

يأخُذِ المالَ، أمَّا لو أخذَه ثُمَّ ادَّعى أنَّه عنَّ ذلكَ بعدَ القتلِ ففيه نظرٌ. انْتَهى.

وهذا منهما صريحٌ في عدمِ اشتراطِ أخْذِ المالِ في تحتُّمِ القتلِ، بل يكْفِي قصْدُ أخْـذِه، وفي أنَّه لا أثَـرَ لأخْذِ المالِ فيه إذا لم يكُنِ القتـلُ لأجْلِه، وممَّا يؤيِّدُ عدمَ اشـتراطِ الأخْذِ أنَّه لوِ اشـتُرِطَ لم يظهَرْ تمييزُ هذا القسْـمِ عنِ القسْمِ الذي بعدَه، فما في «العبابِ» مِن التَّقييدِ بالأخْذِ فيه نظرٌ.

(٢) (**وَإِنْ قَتَلُـوا**) قتلًا يوجِبُ القِصـاصَ (**وَأَخَذُوا الْمَالَ**) أي: نصابًا منه كما قيَّدَ به الشَّيخانِ، وقياسُه اشتراطُ بقيَّةِ شروطِ السَّرقةِ، (**قُتِلُوا**) وتحتُّمُ قتْلِهم أخذًا ممَّـا تقدَّمَ، لكن قضيَّةُ ما تقـرَّرَ في كلامِ الأَذْرَعِيِّ[1] والزَّرْكَشِـيِّ عدمُ التحتُّمِ إذا لـم يكُنِ القتـلُ لأجلِ أخْذِ المـالِ (**وَصُلِبُوا**) وجوبًا على خشـبَةٍ ونحْوِها -بعدَ غسْـلِهم وتكفينِهم والصَّـلاةِ عليهم- ثلاثةَ أيَّامٍ بلياليها، ثُـمَّ أُنزِلوا إن لم يُخَفْ تغيُّرُهم قبلَها، وإلَّا أُنزِلوا حينئذٍ.

وإنَّما لم يقدَّمِ الصَّلْبُ على القتْلِ؛ لأنَّه زيادةُ تعذيبٍ، والمُغلَّبُ في قتْلِ القاطعِ المحتـمِ معنى القِصاصِ فلا يُقتَلُ بمَنْ[2] لا يكافِئُـه وتلزَمُه الكفَّارةُ، ويُراعى في قتْلِـه المُماثلةُ، وإن ماتَ فالدِّيَـةُ في مالِه، وإن عَفَى الوليُّ بمـالٍ لزِمَ وقُتِلَ حدًّا، ومَـنْ قتَلَه بلا إذْنِ الإمامِ فلورثَتِه ديتُه على قاتلِـه لا القِصاصُ، وفيه معنى الحَدِّ فلا يتوقَّفُ قتْلُه على طلَبِ مستحقِّ القِصاصِ فيقتلُه الإمامُ وإن كانوا صِغارًا.

(٣) (**وَإِنْ أَخَذُوا المَالَ**) بشـروطِ السَّرقةِ السَّـابقةِ (**وَلَمْ يَقْتُلُوا**) أحدًا (**فَتُقَطَّعُ أَيدِيهِمْ وأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ**) يعني تُقطَعُ اليدُ اليُمنى للسَّـرقةِ والرِّجلِ اليُسـرى للمُحاربـةِ علـى الأرجـحِ، وقطْعُهما حدٌّ واحـدٌ فيُوالَى بينَهما فيه، فـإن فُقِدَتْ إحداهُمـا اكتُفِـيَ بالأُخـرى، أو فُقِدَتَـا بعدَ الأخْذِ سـقَطَ القطـعُ، أو قبلَ الأخْذِ

---

(١) «قوت المحتاج» (٩/ ١٨٧).

(٢) في (ع)، (هـ): «من».

أو أخَـذُوا ثانيًا بعـدَ فقْدِهما لقطْعِهما في الأخْـذِ الأوَّلِ[1]، أو لغيـرِه فتُقطَعُ اليدُ اليُسرى والرِّجلُ اليُمنى.

قال الأَذْرَعِيُّ[2]: وسـكَتُوا هنا عن توقُّفِ القطْعِ علـى المُطالبةِ بالمالِ، وعلى عدمِ دَعْوى التَّملُّكِ وغيرِه من المُسـقطاتِ، وينبَغِي أن يأتِيَ فيه ما مرَّ في السَّـرقةِ. انْتَهى.

وقـال بعضُهـم: إنَّ قياسَ عدمِ توقُّـفِ القتلِ المتحتِّمِ على طلَبِ المسـتحقِّ عدمُ توقُّفِ القطعِ هنا على طلَبِ صاحبِ المالِ بخلافِ السَّرقةِ.

(٤) (فَـإِنْ أَخَافُـوا[3]) الطَّريقَ (وَلَمْ يَأْخُذُوا مَالًا) أي: بشـروطِ السَّـرقةِ وإن أخَـذُوا مـا انتفَتْ عنه هي أو بعضُها كما هو قضيَّةُ مـا تقدَّمَ؛ إذ لا قتْلَ حينئذٍ ولا قطْـعَ، فليُتأمَّلْ، (وَلَـمْ يَقْتُلُوا) أحدًا (حُبِسُـوا) إن رَأَى حبْسَـهم (وَعُزِّرُوا) بغيرِ الحبْـسِ كالتَّغريبِ بحسـبِ رأيِ الإمامِ، والواوُ بمعنى «أوِ» التـي لمنْعِ الخُلوِّ، والمقصـودُ أنَّه يجِبُ تعزيرُهم بما يَراه مـن حبسٍ أو غيرِه أو من الجمْعِ بينَهما، ويمتَدُّ الحبْسُ ونحوُه إلى ظهورِ توبتِهم والحبْسُ في غيرِ موضعِهم أَوْلى.

(وَمَـنْ تَابَ مِنْهُمْ قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ) والظَّفَرِ به (سَـقَطَ عَنْهُ الْحُدُودُ) المختصَّةُ بقطْعِ الطَّريقِ، وهي الصَّلبُ وقطعُ اليدِ والرِّجلِ وتحتُّمُ القتلِ، (وَأُخِذَ بِالْحُقوقِ) المتعلِّقـةِ بذلـكَ، وهي القِصـاصُ والمالُ، فـإن أرادوا بالحدود ما يشـمَلُ غيرَ المُختصِّ بقطعِ الطَّريقِ كحدودِ الزِّنا والسَّرقةِ وشرْبِ المُسكرِ فهو أحدُ قوليْنِ، والأظهرُ عندَ الشَّيخيْنِ[4] وغيرِهما خلافُه.

---

(١) في (ج): «الأولى». وفي (ع): «أولاً».
(٢) «قوت المحتاج» (٩/ ١٨٧).
(٣) في (ع): «خافوا».
(٤) «الشرح الكبير» (١١/ ٢٥٨)، و«روضة الطالبين» (١٠/ ١٥٨).

(فَصْلٌ)
في الصِّيَالِ

وهو الاستطالةُ والوثوبُ على الغيرِ.

(وَمَـنْ قُصِدَ) بصيغةِ المجهولِ حُرًّا كان أو رقيقًا، ذكرًا كان أو أنثى، مسـلمًا كان أو ذمِّيًّا من غيرِه ولو غيرِ مكلَّفٍ (بِأَذًى فِي نَفْسِهِ) كإتلافٍ لها كلًّا أو بعضًا، ذاتًا أو منفعةً، أو جُرحٍ أو ضَرْبٍ أو فاحشةٍ؛ كتقبيلِ أُنثى أو أمرَدَ.

(أَوْ) في (مَالِـهِ) وإن قـلَّ، أوِ اختصاصِـه كإتلافِه أو أخْـذِه، (أَوْ) في (حَرِيمِهِ) كزوجتِـه أو أمتِه أو ولدِه، كإتلافٍ أو غيرِه ممَّا ذُكِرَ في نفْسِـه، وشـمِلَتْ من غيرِ المكلَّـفِ، وهو صحيحٌ بمعنـى أنَّه لا يمنَعُ مِن الدَّفعِ ولا يلحَقُه به ضمانٌ، لكنَّه لا يتعلَّقُ به الخطابُ.

(فَقَاتَـلَ) بسـببِ قصْدِ ما ذُكِرَ ذلكَ القاصدَ بأنْ دفعَـه (عَنْ ذَلِكَ) الأمرِ الذي قصَدَه بالأخفِّ فالأخفِّ وجوبًا فلا يرتكِبُ دافعًا مع كفايةِ ما دونَه، وإلَّا ضمِنَ كما لو ضرَبَه مع إمكانِ التَّخلُّصِ منه بالاسـتغاثةِ أوِ الهربِ إلَّا إذا لم يتمكَّنْ من الأخفِّ لالتحامِ القتالِ بينَهما وخروجِ الأمرِ عنِ الضَّبطِ، أو لم يجِدْ إلَّا الأثقلَ، أو كان القاصِـدُ غيـرَ معصومٍ كحَربيٍّ أو مُرتدٍّ كما قالـه البُلقِينيُّ، أو كان القصْدُ إلى الفاحشةِ كما قاله المَاوَرْدِيُّ[1] والرُّويانِيُّ[2].

ويخالِفُـه قولُ «الرَّوضةِ»[3] كأصْلِها[4]: إذا وجَدَ رجلًا يزْنِي بامرأتِه أو غيرِها لزِمَه منْعُه ودفْعُه، فإن هلَكَ في الدَّفعِ فلا شـيءَ عليـه، وإنِ اندفَعَ بضَرْبٍ وغيْرِه

(١) «الحاوي الكبير» (١٣/ ٤٥٤).
(٢) «بحر المذهب» (١٣/ ١٥١).
(٣) «روضة الطالبين» (١٠/ ١٩٠).
(٤) «الشرح الكبير» (١١/ ٣١٨).

ثُـمَّ قتَلَـه لزِمَـه القِصاصُ إن لـم يكُنِ الـزَّاني محصنًا، فإن كان فـلا قِصاصَ على الصَّحيحِ. انْتَهى.

(وَقَتَـلَ) ذلكَ القاصِدَ بأن أدَّى دفْعُه المحتاجُ إليه إلى قتْلِه أو إجهاضِ حمْلِه إذا كان امرأةً حاملًا (فَلَا شَـيْءَ عَلَيْـهِ) أي: لا ضمانَ عليه بقِصاصٍ ولا ديةٍ ولا قيمـةٍ ولا غـرَّةٍ ولا كفَّـارةٍ، ولا إثمَ لجوازِ دفْعِـه حينئذٍ ما لم يكُـنْ مُكرهًا على إتـلافِ المالِ، وإلَّا حـرُمَ دفْعُه، بل يلزَمُـه أن يقِيَ رُوحَه بمالِـه، وإن توقَّفَ فيه الأَذْرَعِـيُّ إذا كان المـالُ حيوانًا، ولعلَّ التَّقييدَ بالرُّوحِ مثـالٌ، لكن يبعُدُ وجوبُ تمكينِه من إتلافِ حيوانٍ نفيسٍ لأجْلِ جرحٍ أو ضربٍ يسيرٍ.

ولكليهمـا دفْعُ المُكرَهِ، بل وجـوبُ دفْعِه في الأوَّلِ إن كان القاصدُ كافرًا ولو ذمِّيًّا أو غيرَ محترمٍ كزانٍ محصنٍ وتاركِ صلاةٍ وقاطعِ طريقٍ تحتَّمَ قتْلُه.

ويمكِـنُ أن يُسـتثْنَى من وجوبِ دفْـعِ الكافرِ ما تقرَّرَ في بـابِ الجهادِ فيما لو دخَلَ الكافرُ بلادَنا أنَّ مَن جوَّزَ الأَسْرَ جازَ له الاستسلامُ.

وفي الثَّـاني إن كان المـالُ حيوانًا يُـرادُ إتلافُه أو نحوُه، أو تعلَّـقَ به حقٌّ للغيرِ كرهـنٍ وإجارةٍ كما قاله الأَذْرَعِيُّ، وهو قريـبٌ إن كان في يدِ الرَّاهنِ بعدَ القبضِ في رهنِ التَّبرُّعِ بأن أُعيدَ له، بخلافِ ما إذا كان في يدِ المُرتهنِ لخروجِ الرَّاهنِ مِن عهدتِه بالقبضِ واستحقاقِ المُرتهنِ التوثُّقَ به لا يزيدُ على ملْكِه الذي لا يجِبُ على غيرِه الدَّفعُ عنه، وفي الإجارةِ إن كان في يدِ المالكِ لمثْلِ ما ذُكِرَ، وقد ذكَرُوا في غصْبِ العينِ المؤجَّرةِ ما له تعلُّقٌ بذلكَ.

وفي الثَّالث حيثُ كان القصْدُ الفاحشـةَ، واستُشـكِلَ عدمُ وجوبِ الدَّفعِ عنِ المالِ في غيرِ ما سبَقَ بوجوبِ النَّهيِ عنِ المنكرِ (..)[1].

---

(١) بياض في النسخ بمقدار سطرين، وكتب في هامش (ع): بياض في أصله.

وكنفسِه ومالِه وحريمِه نفسُ غيرِه ومالُه وحريمُه في جوازِ الدَّفعِ ووجوبِه على التفصيل المذكورِ، فقد قال في «أصلِ الرَّوضةِ»[1]: وهل يجِبُ الدَّفعُ عنِ الغيرِ؟ فيه ثلاثةُ طرقٍ أصحُّها: أنَّه كالدَّفعِ عن نفسِه، فيجبُ حيثُ يجِبُ ولا يجِبُ حيثُ لا يجِبُ. انْتَهى.

وقضيَّتُه عدمُ وجوبِ الدَّفع عن حريمِه إذا كان القصدُ غيرَ الفاحشةِ كالقتلِ، ولا ينافِي ذلكَ قولَه قبلَ ذلكَ: وإن قصَدَ أهْلَه وجبَ عليه الدَّفعُ بما أمكَنَه؛ لأنَّه لا مجالَ للإباحةِ فيه. انْتَهى؛ لأنَّه مصوَّرٌ بقصْدِهم للفاحشةِ، ولهذا لمَّا عبَّرَ «الرَّوضُ»[2] بقولِه: ويجِبُ أي: الدَّفعُ عنِ الحريم[3].

قال في «شرحِه»[4]: والمُرادُ الدَّفعُ عنِ البضعِ ومقدِّماتِه. انْتَهى.

لكن لمَّا قال في «التَّنبيهِ»[5]: «فإن قصَدَ حريمَه وجَبَ عليه الدَّفعُ عنه» جعَلَه شُرَّاحُه شاملًا لغيرِ الفاحشةِ أيضًا، ثُمَّ حَكَوْا خلافًا في الوجوبِ في غيرِ حريمِه.

وعبارةُ ابنِ النَّقيبِ في «مختصرِ الكفايةِ»: وإن قصَدَ حريمَه أي: كولدِه وزوجتِه ونحْوِهما بقتلٍ، أو لينالَ مِن أحدِهم فاحشةً كما قال المَاوَرْدِيُّ[6] وجَبَ عليه الدَّفعُ لتحريمِ إباحةِ ذلكَ؛ لأنَّه حقُّ غيرِه.

وقيلَ في الوجوبِ الخلافُ في وجوبِ الدَّفعِ عن نفسِه، والمَذهبُ هو الأوَّلُ، وجزمَ به البَغَوِيُّ والمُتولِّي، إلى أن قال: فرْعٌ: هل يجِبُ الدَّفعُ عنِ الغيرِ إذا لم يكُنْ من حريمِه؟ فيه طرقٌ أصحُّها أنَّه كالدَّفعِ عن نفْسِه. انْتَهى.

---

(١) «الشرح الكبير» (١١/ ٣١٦).
(٢) «روض الطالب» (٢/ ٦٥٠).
(٣) في (ج)، (ش)، (هـ): «المحرم».
(٤) «أسنى المطالب» (٤/ ١٦٨).
(٥) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٦/ ٢٨٩).
(٦) «الحاوي الكبير» (١٣/ ٤٥٤).

ومثله في «شرحِ الزَّنكَلُونِيِّ» وغيرِه، وتبِعَهم الشَّارحُ[1] في جميعِ ذلكَ.

نَعَـمْ لـو صِيلَ على نحْـوِ وديعةٍ في يـدِه وجَبَ عليه الدَّفـعُ، أو على مرهونٍ ومؤجَّـرٍ عندَه لم يجِـبْ عليه الدَّفعُ فيما يظهَـرُ؛ لأنَّ ذلكَ بالنِّسـبةِ للرَّاهنِ مِن أفـرادِ مالِ الغيرِ الذي لا يجِبِ الدَّفعُ عنه، وبالنِّسـبةِ للمُرتهنِ الذي حقُّه مُجرَّدُ التَّوثُّـقِ به لا يزيدُ على ملْكِه الذي لا يجِبُ الدَّفعُ عنه، وإنَّما وجَبَ الدَّفعُ على مرهونِـه ومؤجَّرِه على ما تقدَّمَ؛ لأنَّ ذلكَ حقٌّ التزَمَه للغيرِ فوجَبَ حفْظُه عليه، ويحتمِلُ خلافَ ذلكَ، فليُتأمَّلْ.

وحيثُ وجَبَ الدَّفعُ فشرْطُه الأمنُ على النَّفسِ، نعَمْ في سقوطِ وجوبِ دفعِ قاصدِ القتلِ أوِ الفاحشةِ بخوفِ نحو جرحٍ أو ضربٍ يسيرٍ نظرٌ ظاهرٌ.

ولو صِيلَ على امرأةٍ للزِّنا بها حرُمَ عليها الاستسلامُ وإن لم تأمَنْ على نفْسِها.

وشـمِلَ قولُ المُصنِّفِ مَن قصَدَ الذِّمِّيَّ كما تقدَّمَ، فله دفْعُ المسلمِ وإن أدَّى إلى قتْلِه، وهل يجِبُ على غيرِه دفْعُ قاصدِه حتَّى المُسـلمِ لانتفاءِ الشَّـهادةِ عن قتْلِـه؟ فيـه نظرٌ، ويتَّجِهُ الوجـوبُ؛ إذ لا ينحَطُّ عن حالِ قصْـدِ إتلافِه أو نحوِه، فإنَّه يجِبُ دفْعُ قاصدِه حتَّى مالكِه، ويشـملَهُ في غيرِ المسلمِ ما تقدَّمَ عن «أصلِ الرَّوضـةِ»[2]، وقـولِ «الرَّوضِ»[3] و«شـرحِه»[4]: وكذا يجِبُ الدَّفعُ عن نفسِـه وغيرِه المحترمينَ إن قصَدَه كافرٌ أو بهيمةٌ. انْتَهى.

وفي تقييـدِ الغيرِ المُسـلمِ بالاحـترامِ نظرٌ، وقياسُ وجـوبِ الدَّفعِ على غيرِه وجوبُه على نفسِه، فليُتأمَّلْ.

---

(١) الحِصني في «كفاية الأخيار» (ص٤٨٩).
(٢) «الشرح الكبير» (١١/ ٣١٦).
(٣) «روض الطالب» (٢/ ٦٥٠).
(٤) «أسنى المطالب» (٤/ ١٦٨).

(وَعَلَى رَاكِبِ الدَّابَّةِ) وحدَه وإن كان معه سائقٌ وقائدٌ **(ضَمَانُ مَا أَتْلَفَتْهُ دَابَّتُهُ)** ومثْلُها ولدُها السَّـائبُ معها بيدِها أو رِجْلِهـا أو غيرِهما، وإن لم يكُنْ مالكًا لها بل مُسـتعيرًا أو مُسـتأجرًا أو غاصبًا مكلَّفًا أو غيرَه، ولا ينافِي ذلكَ إضافةَ الدَّابَّةِ إليه؛ لأنَّها بمعنى المُلابسةِ والمُصاحبةِ.

ولو لم يكُنْ معَها إلَّا سائقٌ أو قائدٌ ضمِنَ ما أتلفَتْه أيضًا، فإن كان معَها ضمِنَا نصفيْنِ أو كان عليها راكبانِ فوجهانِ، أرجحُهما: ضمانُ المقدَّمِ فقَطْ، وإن كانَا لو تنازَعَاها جُعِلَتْ بينَهما؛ لأنَّ اليدَ[1] لهما وكان وجْهُ تضمينِ المقدَّمِ أنَّ سيْرَها منسـوبٌ إليه، وقد يؤخَذُ مِن هذا ما يتَّجِهُ أنَّه لو لم يكُنْ للمُقدَّمِ دخلٌ في سـيرها بوجـهٍ كمريـضٍ لا حركةَ له محضون للمؤخَّرِ بحيثُ لا يستمسِـكُ بنفسِـه كان الضَّمانُ على المُؤخَّرِ، إذِ المُقدَّمُ حينئذٍ كمتاعٍ على الدَّابَّةِ.

وقضيَّةُ كلامِ المُصنِّفِ وغيرِه تضمينُ الرَّاكبِ وإن كان الزمامُ بيدِ غيْرِه، وقالَ ابـنُ يونسَ: لعلَّ تضمينَ الرَّاكبِ إذا كان الزِّمامُ بيدِه، وأنَّه يضمَنُ إذا كان أعمى معَـه بصيرٌ يقودُ بـه، وأنَّه يضمَنُ وإن غلَبَتْه الدَّابَّةُ وهو قضيَّةُ كلامِ الشَّـيخيْنِ[2]، ولـو غلَبَتْ مسـيرَها فانفلتَتْ وأتلفَتْ لم يضمَنْ لخروجِهـا من يدِه، وإن كانت يدُه عليها وأمسَكَ لجامَها وكبَتَ رأسَها ففي ضمانِ ما أتلفَتْه قولانِ.

وقضيَّةُ كلامِ الشَّـيخيْنِ[3] الضَّمانُ، ولو نخَسَـها غيرُه فأتلَفَـتْ كان الضَّمانُ علـى النَّاخـسِ، وحيثُ قيلَ بالضَّمانِ فمَحلُّه إذا لم يقصِّـرْ صاحبُ المالِ، وإلَّا كأن وضَعَـه بالطَّريقِ أو عرَّضَه للدَّابةِ فلا ضمانَ. ولـو كانَتِ الدَّابَّةُ وحْدَها فإنِ اعتِيدَ إرسالُها وحدَها في ذلكَ الوقْتِ فلا ضمانَ، وإلَّا فالضَّمانُ.

---

(١) في (ج)، (ش)، (هـ): «المقدم».

(٢) «الشرح الكبير» (١١/ ٣٣٦)، و«روضة الطالبين» (١٠/ ٢٠٢).

(٣) «الشرح الكبير» (١١/ ٣٣٦)، و«روضة الطالبين» (١٠/ ٢٠٢).

(فَصْلٌ)
فِي قِتَالِ البُغَاةِ

وهمُ الخارجونَ مِن المسلمينَ عن طاعةِ الإمامِ ولو جائرًا لحرمةِ الخروجِ عليه بتأويلٍ فاسدٍ غيرِ قطعيِّ الفسادِ.

(**وَيُقَاتَلُ**) وجوبًا (**أَهْلُ الْبَغْيِ**) أي: مخالفةِ الإمامِ (**بِثَلَاثَةِ شَرَائِطَ**) جمْعُ شريطةٍ:

(١) (**أَنْ يَكُونُوا فِي مَنَعَةٍ**) أي: شوكةٍ وقوَّةٍ بحيثُ لا يسهُلُ[١] الظَّفرُ بهم، ومِن لازمِ ذلكَ أن يكونَ لهم مُطاعًا؛ إذ لا شوكةَ لمَنْ لا مُطاعَ له، ولا يُشترطُ أن يكونَ لهم إمامٌ، بل يحتاجُ الإمامُ في ردِّهِم إلى الطَّاعةِ إلى بذْلِ مالٍ وإعدادِ رجالٍ ونصْبِ قتالٍ ونحْوِها، فلو كانوا أفرادًا يسهُلُ الظَّفرُ بهم فليسُوا بغاةً.

(٢) (**وَأَنْ يَخْرُجُوا عَنْ الْإِمَامِ**) ويدِه، وإلَّا فليسُوا بغاةً.

(٣) (**وَأَنْ يَكُونَ لَهُمْ تَأْوِيلٌ**) في مخالفةِ الإمامِ (**سَائِغٌ**) أي: محتملٌ، بحيثُ يجوِّزون[٢] به الخروجَ عن طاعتِه، بألَّا يكونَ قطْعيَّ البُطلانِ، وإلَّا فليسوا بغاةً، والمُرتدُّون إذا خرَجُوا على الإمامِ لا يعامَلُون بأحكامِ البُغاةِ.

(وَ) للبُغاةِ أحكامٌ: منها أنَّه (**لَا يُقْتَلُ أَسِيرُهُمْ**) بل يُطلَقُ لكن بعدَ انقضاءِ الحَربِ وتفرُّقِ جمْعِهم، إلَّا إن خيفَ عودُهم إلى القتالِ، نعَمْ إن كان صَبيًّا أوِ امرأةً أو رقيقًا ولم يقاتِلْ أُطلِقَ بمُجرَّدِ انقضاءِ الحَربِ، أو كان كاملًا وأطاعَ الإمامَ باختيارِه فيُطلَقُ وإن بقِيَتِ الحَربُ.

---

(١) في (ش): «يحصل».

(٢) في (ج): «يجيزون».

ولا يُتبـعُ مدبرُهـم واحـدًا كان أو أكثـرَ، حتَّى لـوِ انهزَمُوا متفرِّقيـنَ بحيثُ بطَلَت شـوكتُهم واتِّفاقُهم تركْناهُم وإن خِفْنـا اجتماعَهم في المآلِ، فإنِ انهزَمُوا مجتمعينَ تحتَ رايةِ زعيمِهم اتَّبعْناهم حتَّى يرجِعُوا إلى الطَّاعةِ أو يتفرَّقُوا.

(**وَلَا يُغْنَـمُ مَالُهُـمْ**) بل يُـرَدُّ إليهم ما عدا الخيلِ والسِّـلاحِ منـه عندَ انقضاءِ الحـربِ، وإن خفنـا عوْدَهم إلى القتـالِ، ويحرُمُ اسـتعمالُ أموالِهم ولو خيلًا وسلاحًا إلَّا لضرورةٍ، كأن تعيَّنَ السَّلاحُ للدَّفعِ والخيلُ للهزيمةِ.

وقضيَّةُ «الرَّوضةِ»[1] وجوبُ أجرةِ استعمالِها كالمُضطرِّ إذا أكَلَ طعامَ الغيرِ يلزَمُه بدلُه.

وقضيَّـةُ «الأنـوارِ»[2] خلافُه، وهـو الأوفقُ بما يأتِي أنَّه لا ضمـانَ بما يتلفُ حـالَ القتـالِ، وفارَقَ مسـألةَ المضطرِّ بأنَّ الضَّرورةَ فيها نشـأَتْ مِـن المُضطرِّ بخلافِها هنا، فإنَّها نشأَتْ مِن المالكِ.

(**وَلَا يُذَفَّفُ عَلَى جَرِيحِهِمْ**) أي: لا يعجلُ قتْلُه.

ومنها أنا نقَبُل شـهادتَهم وننفِّذُ قضاءَهم حيثُ ينفُـذُ قضاءُ قاضينا إن علِمْنا أنَّهـم لا يسـتحلُّون دماءَنا وأموالَنـا عُدوانًا بالباطلِ ليتوصَّلـوا بذلكَ إلى إراقةِ دمائِنـا وإتـلافِ أموالِنا، ولم يكُونوا خطَّابيَّـةً فإن كانوا خطَّابيَّـةً امتنَعَ منَّا ذلكَ أيضًا، وإن لم يسـتحِلُّوا ما ذُكِرَ، لكن محلَّه إن فعَلُوا ذلكَ مع موافِقِيهم[3]، نعَمْ إن بيَّنُوا في شهادتِهم السَّببَ قُبِلَتْ لانتفاءِ التُّهمةِ حينئذٍ.

ومنها: أنَّ ما أتلَفُوه علينا مِن نفسٍ أو مالٍ لضرورةِ الحربِ بخلافِه بلا حاجةٍ أو أتلفْنَاه عليهم كذلكَ غيرُ مضمونٍ، ومثْلُهم في هذا ذو الشَّوكةِ بلا تأويلٍ.

---

(١) «روضة الطالبين» (١٠/ ٥٩). (٢) «الأنوار» (٣/ ٢٧٢).

(٣) في (ج)، (ع): «موافقتهم».

(فَصْلٌ)
فِي الرِّدَّةِ

وهي قطعُ الإسلامِ بقولٍ أو فعلٍ أو غيرِهما.

(وَمَـنِ ارْتَدَّ) وصحَّـتْ ردَّتُه بأن كان مكلَّفًا مُختارًا أي: رجَعَ (عَنِ الْإِسْـلَامِ) إلى الكفرِ والعياذُ باللهِ تعالى؛ كسجودِ غيرِ أسيرٍ في دارِ الحربِ بحضرتِهم لصنمٍ، وإلقاءِ قرآنٍ أو حديثٍ بقذَرٍ ولو طاهرًا على وجْهِ الاستحقاقِ لا لنحْوِ خوفِ أخْذِ كافرٍ له وإن حرُمَ، وكإلقاءِ ذلكَ على القذَرِ إلقاءُ القذرِ عليه كما هو ظاهرٌ.

واختلَفَ مشايخُنا في مسحِ لوحِ متعلِّمِ القرآنِ بالبُصاقِ، فأفْتى بعضُهم بحرمتِه مُطلقًا، وبعضُهم بحلِّه مُطلقًا، وبعضُهم بحرمتِه إن بصَقَ عليه ثُمَّ مسَحَ، وحلِّه إن أخَذَ البصاقَ بنحْوِ خرقةٍ ثُمَّ مسَحَه به، ولم يقلْ أحدٌ منهم بالكفرِ، ووجْهُهُ أنَّ قصْدَ إزالتِه لكتابةِ غيرِه في محلِّه صارفٌ عنِ الاستخفاف.

أوِ اعتقَـدَ قِـدمَ العالـمِ أو حـدوثَ الصَّانعِ، أو جحَـدَ آيةً مِن القـرآنِ مجمعًا عليهـا، أو زادَ فيـه كلمةً مُعتقدًا أنَّها منـه، أو حلَّلَ مُحرَّمًـا مُجمعًا على تحريمِه معلومًـا مِـن الدِّينِ بالضَّـرورةِ كالزِّنا، أو نَفَـى وجوبَ مُجمعٍ عليـه معلومًا من الدِّين بالضَّرورة؛ كالصَّلواتِ الخمْسِ، أو كذَّبَ نبيًّا أو نقَصَه، أو قذَفَ عائشـةَ، أو قال: اللهُ ثالثُ ثلاثةٍ، أو صدَّقَ مدَّعِي النُّبوةِ بعدَ نبيِّنا ﷺ.

أو عـزَمَ علـى الكفْـرِ أو علَّقَه أو رَضِيَ بـه أو تَردَّدَ هل يكفُـرُ، أو قال: توفَّنِي إن شـئْتَ مُسـلمًا أو كافرًا، أو قال: أخذْتَ مالِيَ وولدي فماذا بقِيَ لم تفعَلْه، أو ضلَّلَ الأمةَ، أو كفَّرَ الصَّحابةَ، أو أنكَرَ البعثَ، أو أنكَرَ مكَّةَ أوِ الكعبةَ أوِ المسجدَ الحرامَ، أوِ الجنَّةَ أوِ النَّارَ، أوِ الحسابَ أوِ الثَّوابَ أوِ العقابَ.

نعَـمْ لا كفْرَ بشـيءٍ مِـن المذكـوراتِ مِن جاهلٍ قـرُبَ إسـلامُه أو بَعُدَ عنِ المسلمينَ.

والوجْـهُ فيمـن قال: «عَلِمَ اللهُ كـذا كاذبًا» عدمُ كفْرِه بمُجـرَّدِ ذلكَ؛ إذ غايتُه الكذبُ، وهـو بمُجرَّدِه ليس كفرًا، فإن قاله على وجْهِ الاسـتخفافِ، أوِ اعتقادِ عـدم مطابقـةِ علْمِه تعالى بذلكَ الشَّـيءِ للواقعِ، أو تجويزِ عـدمِ المُطابقةِ، فلا توقُّفَ في كفْرِه حينئذٍ، وهذا أَوْلى من (الجواهِرِ بالكفْرِ)[1].

والوجْهُ أيضًا فيمَنْ لم يصُلِّ إلَّا للخَوفِ مِن العَذابِ بحيثُ إنَّه لولا الخَوفُ ما صلَّى عدمُ إطلاقِ كفْرِه أيضًا، بل إنِ اعتقَدَ مع ذلكَ استحقاقَه تعالى العبادةَ فلا كفْرَ؛ لأنَّ غايةُ الأمرِ أنَّه لولا الخَوفُ عَصَى، ومُجرَّدُ العِصيانِ وقصْدُه ليس كفرًا، وإنِ اعتقَدَ عدمَ استحقاقِ العبادةِ فلا توقُّفَ في كفْرِه وإن لم يعتقِدْ واحدًا مِن الأمريْنِ بمعنى الغَفلةِ عنهما ففيه نظرٌ، ولا يبعُدُ عدمُ الكفْرِ.

(استُتِيبَ) وجوبًا بأن يُؤمَرَ بالشَّـهادتيْنِ فيأتِي بهما مع ترتيبِهما وموالاتِهما وإن كان مقـرًّا بإحداهمـا، وإن كان كفْـرُه بإنـكار مـا لا ينافِي الإقـرارَ بِهما أو بإحداهما كأنْ خصَّصَ رسـالتَه ﷺ بالعربِ، أو جحَدَ فرضًا أو تحريمًا وجَبَ مـع الشَّـهادتيْنِ الاعترافُ بمـا أنكَرَه، بـأن يعتَـرِفَ في الأوَّلِ بـأنَّ مُحمَّدًا ﷺ رسـولُ اللهِ إلى جميعِ الخلْقِ، وظاهرُه أنه يكْفِي الاعترافُ برسـالتِه إلى الإنسِ والجنِّ؛ لأنَّ رسـالتَه إلى الملائكـةِ مختلفٌ فيها، أو يبرأَ مِـن كلِّ دينٍ يخالِفُ دينَ الإسلامِ، ويرجعَ في الثَّاني عن جحْدِه.

واختُلِـفَ في اشـتراطِ لفْظِ «أشـهَدُ»، والوجْهُ على اشـتراطِه أنَّه لا يُشـترَطُ

(١) في (ك): «الجـواب بالكفـر». وفي (ش): «الجواهر الكفر». وفي (ج): «الجواهر المكفر». وفي (هـ): «الجواهر المكفرة».

تكريرُه عندَ العطفِ، وكلامُ الشَّيخيْنِ في الكفَّارةِ[1] لا ينافِي ذلكَ إذا أشهَدَ فيه مِن الحكايةِ دونَ المحكيِّ كما يظهَرُ بالتَّأمُّلِ.

قال الإمامُ: وإذا أسلَمَ فليس إسلامهُ توبةً مِن كفْرِه، وإنَّما توبتُه ندمُه على كفْرِه[2]، ولا يُتصوَّرُ أن يؤمِنَ ولا يندَمَ على كفْرِه، بل يجِبُ مقارنةُ الإيمانِ للنَّدمِ على الكفْرِ، والوجْهُ أنَّه حيثُ صحَّ إسلامُه غُفِرَ له بقيَّةُ الذُّنوبِ وإن لم يتُبْ عنها بخصوصِها كما دلَّتْ على ذلكَ النُّصوصُ وكلامُ الأئمَّةِ كما أوضَحْنا ذلكَ في غيرِ هذا المَحلِّ، خلافًا لِما قاله الزَّرْكَشِيُّ تبعًا للبيهقِيِّ.

ولو صلَّى كافرٌ بدارِ الحربِ أو بدارِ الإسلامِ لم يُحكَمْ بإسلامِه إلَّا إن سُمِعَ تلفُّظُه بالشَّهادتيْنِ، أو كان مرتدًّا وصلَّى بدارِ الحربِ حُكِمَ بإسلامِه، بخلافِ ما لو صلَّى بدارِنا؛ لأنَّ صلاتَه في دارِنا قد تكونُ تَقِيَّةً، وفي دارِ الحرب لا تكونُ إلَّا عنِ اعتقادٍ صحيحٍ.

والاستتابةُ تكونُ في الحالِ، فلا يجوزُ تأخيرُها، نعَمْ يُندَبُ تأخيرُ السَّكرانِ إلى صحْوِه، وقيلَ: يستتابُ **(ثَلَاثًا)** من الأيَّامِ، وليسَ في هذا إفصاحٌ بدخولِ جميعِ ليالي الثَّلاثةِ أو عدمُه.

قال في «أصلِ الرَّوضةِ»[3]: ولا خلافَ أنَّه لو قُتِلَ قبلَ الاستتابةِ لم يجِبْ بقتْلِه شيءٌ أي: غيرُ التَّعزيرِ وإن كان القاتلُ مسيئًا[4] بفعْلِه.

(فَإِنْ تَابَ) بأنْ أتَى بالشَّهادتيْنِ على الوجْهِ السَّابقِ قُبِلَتْ توبتُه وصحَّ إسلامُه، وإن كان زنديقًا تناهَى خبثُ عقيدتِه أو تكرَّرَتْ ردَّتُه لكن يُعزَّرُ إن تكرَّرَتْ، وتوبةُ الكافرِ مِن كفْرِه قطعيَّةُ القبولِ بخلافِ غيرِها.

---

(١) في (ش)، (ج)، (هـ): «الكفاية».

(٢) «روضة الطالبين» (١١/ ٢٥٠).

(٣) «الشرح الكبير» (١١/ ١١٦).

(٤) في (ش)،(ج)، (هـ): «القتل مسببًا».

(**وَإِلَّا**) يتُبْ كذلكَ (**قُتِلَ**) وجوبًا، سواءٌ فيه الرَّجلُ والمرأةُ، أي: قتَلَه الإمامُ ولو بنائبِه بضرْبِ رقبتِه، فإن قتَلَه غيرُ الإمامِ مُطلقًا، وإنِ اشتغَلَ عنه الإمامُ بما هو أهمُّ منه أوِ الإمامُ بغيرِ ضرْبِ رقبتِه عُزِّرَ.

(**وَلَمْ يُغَسَّلْ**) أي: لا يجِبُ تغسيلُه، لكن يجوزُ كغيرِه من الكفَّارِ (**وَلَمْ يُصَلَّ عَلَيْهِ**) أي: تحرُمُ الصَّلاةُ عليه كسائرِ الكفَّارِ (**وَلَمْ يُكَفَّنْ**[1]) أي: لم يجِبْ تكفينُه وإنْ جازَ (**وَلَمْ يُدْفَنْ**) إن أُريدَ دفْنُه، فإنَّه لا يجِبُ بل يجوزُ إغراءُ الكلابِ على جيفتِه (**فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ**) أي: يحرُمُ ذلكَ كعكسِه، بل ولا في مقابرِ الكافرينَ بل بينَ المقبَرتيْنِ.



---

(١) جاءت في (ع)، (ن) من الشرح.

(فَصْلٌ)
فِي حُكْمِ تَارِكِ الصَّلَاةِ

(وَتَارِكُ الصَّلَاةِ) التي هي إحدى الخمْسِ (عَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَتْرُكَهَا غَيْرَ مُعْتَقِدٍ لِوُجُوبِهَا) مع تكليفِه وعدمِ جهْلِه جهلًا يُعذَرُ به لكونِه بينَ أظهرِ المسلمينَ، وإنَّما لم أقُلْ مع تكليفِه وعلْمِه بوجوبِها أو جهْلِه به جهلًا لا يُعذَرُ به؛ لأنَّه لا ينتظِمُ العلْمُ بوجوبِها مع عدمِ اعتقادِ وجوبِها (فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُرْتَدِّ[1]) وتقدَّمَ بيانُ حكْمِه، وذلكَ لأنَّه يصيرُ مرتدًّا بذلكَ، بل بعدمِ اعتقادِ وجوبِها وإن فعلَها كما عُلِمَ ممَّا تقدَّمَ.

(وَالثَّانِي: أَنْ يَتْرُكَهَا) بأنْ يُخرِجَها عن وقْتِها (مُعْتَقِدًا وُجُوبَهَا، فَيُسْتَتَابُ) في الحالِ على الأصحِّ وجوبًا كما هو ظاهرُ كلامِ «الرَّوضةِ»[2] و«أصلِها»[3] و«المجموعِ»[4] كالمُرتدِّ، لكن صحَّحَ في «التَّحقيقِ»[5] ندبَها، وعليه فرَّقَ الإِسْنَوِيُّ[6] بأنَّ الرِّدَّةَ تخلِّدُ في النَّارِ، فوجَبَ إنقاذُه منها بخلافِ ترْكِ الصَّلاةِ.

وقد يُنظَرُ فيه بأنَّ استتابتَه مِن قبيلِ الأمرِ بالمعروفِ، وهو واجبٌ في الواجبِ، وذلكَ أي: الاستتابةُ بأن يُؤمَرَ بعدَ خروجِ وقْتِها بقضائِها في غيرِ الجُمُعةِ، وبالتَّوبةِ المعروفةِ فيها، إذ لا قضاءَ لها بعدَ مطالبتِه بها عندَ ضيقِ وقْتِها الحقيقيِّ، وتوعُّدُه حينئذٍ بالقتْلِ إن أخرَجَها عنِ الوقتِ، وهل يُشترَطُ في مطالبتِه وتوعُّدِه في غيرِ الجُمُعةِ أن يبْقَى من الوقتِ الحقيقيِّ ما يسَعُ جميعَها

---

(١) في (ش)، (هـ): «المرتدين».
(٢) «روضة الطالبين» (٢/ ١٤٦).
(٣) «الشرح الكبير» (٢/ ٤٦٢).
(٤) «المجموع شرح المهذب» (٣/ ١٦).
(٥) «التحقيق» (ص ١٦٠).
(٦) «المهمات» (٣/ ٥٢٢).

حتَّى لا تكْفِي المُطالبةُ والتوعُّدُ إذا بقِيَ أقلُّ من ذلكَ وإن وسِعَ الأداءُ بأن يبْقى ركعةٌ أو يكْفِي أن يبْقَى ما يسَعُها أداءً؟ فيه نظرٌ، والثَّاني غيرُ بعيدٍ.

وأمَّـا الجمعـةُ فالوجْهُ فيها اشـتراطُ بقاءِ ما يسَـعُ ركعتيْـنِ وخطبتيْنِ لتحقُّقِ فواتِها إذا بقِيَ أقلُّ من ذلكَ.

(فَـإِنْ تَـابَ، وَ) ذلكَ في غيـرِ الجُمُعةِ بـأنْ (صَلَّى) أي: قَضَـى الصَّلاةَ، وفي الجُمُعـةِ بأن أَتَى بأركانِ التَّوبةِ المعروفةِ؛ إذ لا قضاءَ لها سـقَطَ القتْلُ، وكالتوبةِ بالمعنييْنِ في سقوطِ القتلِ الاعتذارُ، كأن قال: صلَّيْتُ في بيتي أو تركْتُها ناسيًا أو للبَـردِ، أو لعدمِ الماءِ، أو لنجاسـةٍ كانت عليَّ، أو نحوَها من الأعذارِ، صحيحةً كانت أو باطلةً.

ولا بـدَّ من أمْـرِه بها بعدَ ذكْرِ العـذرِ، أي: وجوبًا في العـذْرِ الباطلِ، وندبًا في الصَّحيحِ فيما يظهَرُ كما في «شـرحِ الرَّوضِ»[1] بأن نقولَ له: صَلِّ، فإنِ امتنَعَ لم يُقتلْ لذلكَ.

وفي «أصـلِ الرَّوضةِ»[2] عـن «التَّتمَّةِ» وأقـرَّهُ ولو قال: «تعمَّـدْتُ ترْكَها ولا أريـدُ أن أصلِّيَها» قُتِلَ قطعًا، وإن قال: «تعمَّدْتُ ترْكَها بلا عذرٍ» ولم يقُلْ: «ولا أصلِّيها» قُتِلَ أيضًا على المذهبِ؛ لتحقُّقِ جنايتِه. انْتَهى.

وجـزَمَ به في «الـرَّوضِ»[3] وهو صريحٌ في أنَّه في هذه الحالةِ لا يُشـتَرطُ تقدُّمُ طلبٍ وتهديدٍ؛ لأنَّ اشتراطَ تقدُمِهما إنَّما هو لتحقُّقِ جنايتِه وقد تحقَّقَتْ بدونهما، وهذا هو الوجْهُ، ولهذا اعتمدَه الزَّرْكَشِيُّ حيثُ ردَّ قولَ مَن زعَمَ أنَّ تقدُّمَ الطَّلبِ شـرطٌ، بأنَّه ليس بشـرطٍ في القتلِ بلا خلافٍ، بل متى اعترَفَ بتعمُّدِ[4] إخراجِها

(١) «أسنى المطالب» (١/ ٣٣٧).
(٢) «روضة الطالبين» (٢/ ١٤٨).
(٣) «روض الطالب» (١/ ٢٧٠).
(٤) في (ع): «متعمدًا».

عن وقْتِها استحَقَّ القتْلَ، وإنَّما ذكَـرُوا المُطالبةَ للاطِّلاعِ على مرادِه بتأخيرِه أو لتعريفِه مشروعيَّةَ القتْلِ، فإنَّه قد لا يعرِفُه. انْتَهى.

ويُؤخَذُ مِن ذلكَ أنَّه لا يُشترَطُ في الطَّلبِ والتَّهديدِ صدورُهما مِن الإمامِ أو نائبِه بل يكْفِي صدورُهما مِن غيرِهما، وهذا هو الوجْهُ كما لا يخْفَى على المُتأمِّلِ.

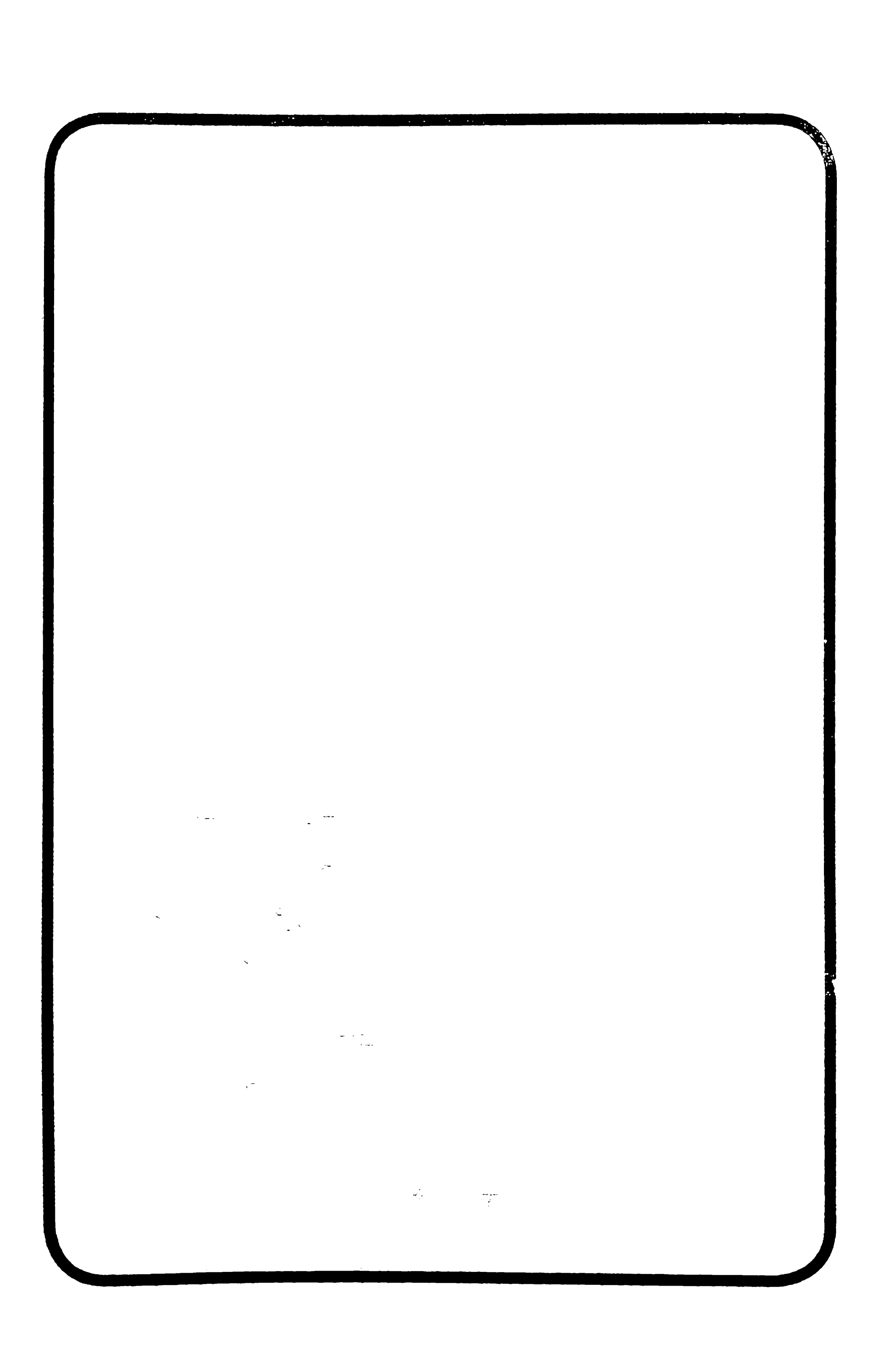
(**وَإِلَّا**) يتُـبْ بالمَعنَى الذي تقرَّرَ بأن أصرَّ علـى ترْكِ غيرِ الجُمُعةِ حتَّى خرَجَ وقْتُهـا إن لم تُجْمَعْ مع ما بعدَها أو وقْتِ مـا بعدَها إن جُمِعَتْ معَه، وعلى ترْكِ الجُمُعةِ حيثُ تلزَمُـه إجماعًا حتَّى خرَجَ وقْتُها أو ضاقَ عن ركعتيْنِ وخطبتيْنِ، وإن قال: «أصُلِّيها ظهرًا» ولم يعتذِرْ فيهما كما تقدَّمَ.

(**قُتِلَ**) بضرْبِ عنُقِه بالسَّـيفِ، ولو قتَلَه إنسـانٌ في مدَّةِ الاسـتتابةِ أو قبلَها أثِمَ ولا ضمانَ عليه.

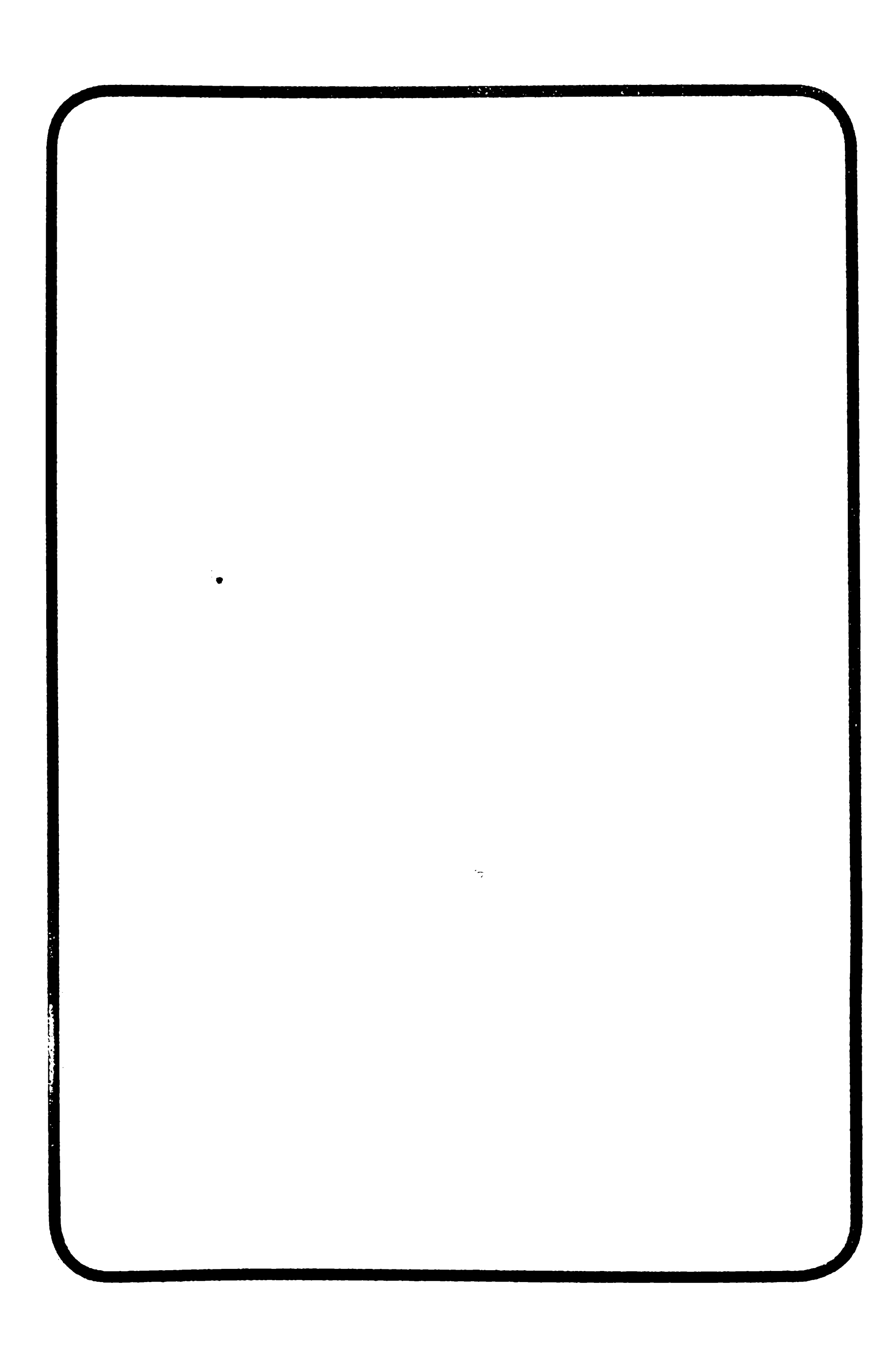
وكتَركِ الصَّلاةِ في اسـتحقاقِ القتلِ به على ما تقرَّرَ: ترْكُ كلِّ مجمعٍ عليه مِن الأركانِ والشُّـروطِ، أو كان الخـلافُ فيه واهيًا، بخلافِ مـا قوِيَ الخلافُ فيه؛ كإزالةِ النجاسةِ وإن لم يُقلِّدِ المُخالفَ كما هو ظاهرٌ.

وإنَّمـا يُقتَلُ (**حَدًّا**) لا كفرًا؛ لأنَّه مسـلمٌ كما قال: (**وَحُكْمُـهُ**) إذا قُتِلَ (**حُكْمُ الْمُسْـلِمِينَ**) لأنَّـه منهم؛ لِما صـحَّ أنَّ تاركَها تحتَ المشـيئةِ، والكافرُ لا يكونُ كذلـكَ (**فِي**) وجـوبِ (**الدَّفْنِ وَالْغَسْـلِ**) والتَّكفينِ له (**وَالصَّـلَاةِ**) عليه على ما تقـرَّرَ في بابِ الجنائزِ، وخرَجَ بتقييدِ الصَّلاةِ بإحْدَى الخمْسـةِ المُنذورةُ المُؤقَّتةُ فلا يقتَلُ تاركُها؛ لأنَّه الذي أوجَبَها على نفْسِه.





(كِتَابُ الجِهَادِ)



(كتاب الجهاد)

أي: قتالُ الكفَّارِ، وهو فرْضُ كفايةٍ حيثُ كان الكفَّارُ في بلادِهم إذا فعَلَه مَن فيه كفايةٌ سقَطَ الحرَجُ عنِ الباقينَ، وإن لم يفعَلْه أحدٌ أَثِمَ كلُّ مَن لا عذْرَ له.

قال في «الرَّوضةِ»[1] كأصْلِها[2]: وتحصُلُ الكفايةُ بشيئيْنِ:

أحدُهما: أن يشحَنَ الإمامُ الثُّغورَ بجماعةٍ يكافِئونَ مَن بإزائِهم مِن الكفَّارِ، وينبَغِي أن يحتاطَ بإحكامِ الحصونِ وحفْرِ الخنادقِ ونحوِهما، ويُرتِّبَ في كلِّ ناحيةٍ أميرًا كافيًا يقلِّدُه الجهادَ وأمورَ المسلمينَ.

الثَّاني: أن يدخُلَ الإمامُ دارًا للكفْرِ غازيًا بنفْسِه أو بجيشٍ يؤمِّرُ عليهم مَن يصلُحُ لذلكَ، وأقلُّه مرَّةٌ واحدةٌ في كلِّ سنةٍ، فإن زادَ فهو أفضَلُ. انْتَهى.

وهو صريحٌ في وُجوبِ[3] الجمْعِ بين الشيئيْنِ، وقد صرَّحَ به إمامُ الحرميْنِ.

(وَشَرَائِطُ وُجُوبِ الْجِهَادِ) جمْعُ شريطةٍ **(سَبْعُ خِصَالٍ)**:

(١) **(الْإِسْلامُ)** فلا يجِبُ على كافرٍ ذمِّيٍّ أو غيرِه، وعن بعضِهم أنَّه استثْنَى هذا من تكليفِ الكفَّارِ بفروعِ الشَّريعةِ.

(٢-٣) **(وَالْبُلُوغُ، وَالْعَقْلُ)** فلا يجِبُ على صبيٍّ ومجنونٍ.

(٤) **(وَالْحُرِّيَّةُ)** فلا يجِبُ على مَن فيه رقٌّ ولو مكاتبًا ومُبعَّضًا، وإن أمَرَه[4] سيِّدُه به، نعَمْ للسَّيِّدِ استصحابُ غيرِ المُكلَّفِ للخدمةِ.

(٥) **(والذُّكُورِيَّةُ)** فلا يجِبُ على امرأةٍ ولا خُنثى.

---

(١) «روضة الطالبين» (١٠/ ٢٠٨).
(٢) «الشرح الكبير» (١١/ ٣٤٥).
(٣) فوقه في (ع): «ضعيف».
(٤) في (ج)، (ع): «أمن».

(٦) (**والصِّحَّةُ**) فلا يجِبُ على مريضٍ مرضًا يشُقُّ معَه القتالُ مشقَّةً عظيمةً.

(٧) (**وَالطَّاقَـةُ**) أي: القُـدرةُ (**عَلَى الْقِتَـالِ**) فلا يجِبُ علـى نحْوِ أعمى ولا ضعيـفِ بصـرٍ لا يُمكِنُه معَه اتِّقاءَ السِّـلاحِ، ولا ذي عَرجٍ بيِّـنٍ ولو في رِجْلٍ ولا أشـلَّ يـدٍ أو فاقدِ معظـم أصابعِها أو فاقـدِ الأناملِ، وقد يدخُـلُ في القُدرةِ على القتالِ القدرةُ على نحْوِ أُهْبَتِه؛ كالسِّلاحِ ومؤنةِ نفْسِه أو ممونِه ذهابًا وإيابًا، وكذا المَركوبُ إن كان السَّفرُ مسافةَ القصْرِ أو عجِزَ عنِ المشْيِ، ويجِبُ قبولُ ما بُذِلَ مِن ذلكَ مِن بيتِ المالِ دونَ غيْرِه.

(**وَمَنْ أُسِرَ مِنَ الكفَّار**) الأَصليينَ (**عَلَى ضَرْبَيْنِ**):

(١) (**ضَرْبٌ يَكُونُ رَقِيقًا بِنَفْسِ السَّبْيِ**) أي: الأسْرِ، فخمسُهُم لأهلِ الخُمسِ وباقيهـم للغانمين، (**وَهُـمْ**) أي: ذلكَ الضَّرْبُ والجَمْعُ لمُراعـاةِ الخبَرِ ومعنى ضَرْب (**النِّسَـاءُ**) ولـو حاملاتٍ بمُسـلمٍ، والخَناثى[1] (**وَالصِّبْيَـانُ**) والمَجانينُ حـالَ الأسْـرِ، وعبيدُهم ولو مُسـلمينَ يرقُّون بنفسِ الأسـرِ، بمَعنَى أنَّه يسـتمِرُّ عليهم حكمُ الرِّقِّ فيُخَمسون أيضًا، وكذا المُبعَّضُ بالنِّسبةِ لبعضِه الرَّقيقِ.

(٢) وأمَّـا بعضُـه الحُرُّ فيجْرِي فيه ما في قولِه: (**وَضَرْبٌ لا يَرِقُّ بِنَفْسِ السَّـبْيِ**) أي: بنفسِ الأسْـرِ (**وَهُمُ الرِّجَالُ**) أي: الذُّكورُ (**الْبالِغُونَ**) العاقِلون[2] حالَ الأسْرِ (**فَالإِمَامُ**) ومثْلُه أميرُ الجيشِ (**فِيهِمْ**) متعلِّقٌ بقولِه: (**مُخَيَّرٌ**[3] **بَيْنَ أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ**) وهذا مجازٌ عن تجويزِ الأربعةِ لِما يأتِي مِن وجوبِ رعايةِ المَصلحةِ، أو أرادَ التَّخييرَ إن لم تتفاوَتِ المَصلحةُ، وإلَّا وجَبَ فعْلُ الأصلحِ للمُسلمينَ بدليلِ ما يأتِي.

١- (**الْقَتْلُ**) بضرْبِ العُنُقِ،

---

(١) في (ع): «ولو خناثى». (٢) في (ع)، (ن): «العقلاء».

(٣) في (ع): «يخير».

٢- (وَالِاسْتِرْقَاقُ) ولو لبعضِ شخصٍ،

٣- (وَالمَنُّ) بتخليةِ سبيلِهم مِن غيرِ مُقابلٍ،

٤- (وَالفِدْيَةُ بِالْمَالِ) الذي يؤخَذُ منهم بحسبِ ما يَرَاه الإمامُ فيجِبُ تخميسُه، (أَوْ بِالرِّجَالِ) أوِ النِّساءِ أوِ الخناثى المأسورينَ معَهم منَّا أو مِن أهلِ الذِّمَّةِ ولو واحدًا منَّا في مقابلةِ جمعٍ منهم، أو بأسلحتِنا التي بأيدِيهم، ولا يجوزُ ردُّ أسلحتِهم التي بأيدِينا إليهم بمالٍ، وهل يجوزُ ردُّها بأسرانا؟ وجهانِ، أوجهُهُما: الجوازُ.

(يَفْعَلُ) وجوبًا الإمامُ أو نائبُه مِن الأشياءِ الأربعةِ (مَا فِيهِ الْمَصْلَحَةُ لِلْمُسْلِمِينَ) فلا يفعَلُ بالتَّشهِّي، فلو خفِيَتِ المَصلحةُ عليه حالًا وجَبَ عليه أن يحبِسَهم حتَّى تظهَرَ فيفعَلَها.

ومَن استقَلَّ بقتْلِ أسيرٍ فإنْ كان الإمامُ حكمَ بقتْلِه فلا شيءَ عليه سوى التَّعزيرِ، أو أراقَه ضمِنَه بقيمتِه وتكونُ غنيمةً، أو مَنَّ عليه فإن قتَلَه قبلَ حصولِه في مأمنِه ضمِنَ دِيَتَه لورثتِه أو بعدَه هدرَ دمُه، أو فداه، فإن قتَلَه قبلَ قبضِ الإمامِ فداءَه ضمِنَ دِيَتَه للغنيمةِ، أو بعدَ قبضِه فإن كان قبلَ وصولِه إلى مأمنِه ضمِنَ دِيَتَه لورثتِه، أو بعدَ وصولِه إليه فلا شيءَ عليه لعَودِه إلى ما كان عليه قبلَ أسْرِه، هذا ما في «شرحِ الرَّوضِ»[1] عنِ المَاوَرْدِيِّ.

وقد يُقالُ: القياسُ في صورةِ قتْلِه قبلَ قبضِ الفداءِ أن يؤخَذَ من دِيَتِه قدْرَ الفداءِ والباقي لورثتِه، بل قد يقالُ: القياسُ أنَّه إذا أرادَ ورثتُه دفْعَ الفداءِ أو أخْذَ جميعِ الدِّيَةِ فلهم ذلكَ، فليُتأَمَّلْ.

---

(١) «أسنى المطالب» (٤/ ١٩٣).

(وَمَنْ أَسْلَمَ) مِن الكفَّارِ، ذكرًا كان أو أنثى أي: المُكلَّفين؛ إذ غيرُ المُكلَّفِ لا يُقتَلُ مُطلقًا حتَّى يُحتاجَ لإحرازِ دمِهِ، ولا أولادُه إن كان صغيرًا (قَبْلَ الْأَسْرِ) أي: مِن غيرِ أسْرٍ (أَحْرَزَ) أي: عصَمَ (مَالَهُ) عن أن يُغنَمَ، (وَدَمَهُ) عن أن يُراقَ أي: ونفْسَه عنِ القتلِ، وكذا عنِ الرِّقِّ وغيرِه، ويُمكِنُ أن يُرادَ بعِصمةِ دمِهِ عصمةُ نفسِه عن جميعِ ما مرَّ.

(وَصِغَارَ أَوْلَادِهِ) الأحرارَ ومجانينَهم وإن سَفُلوا عن الاسترقاقِ؛ لأنَّهم يتبَعُونَه في الإسلامِ، وخرَجَ الأرقَّاءُ فأمْرُهم تابعٌ لأمْرِ سيِّدِهم؛ لأنَّهم مِن أموالِه، وكبارُ أولادِه الأحرارُ لاستقلالِهم، فيتخيَّرُ الإمامُ فيهم كغيرِهم، وزوجتُه ولو حاملًا منه لاستقلالِها فتُرَقُّ بالأسْرِ وينقطِعُ نكاحُه في الحالِ لزوالِ ملْكِها عن نفسِها، فزوالُ ملْكِ الزَّوجِ عنها أَوْلَى، وكذا حمْلُها إن أُسِرَتْ قبلَ إسلامِ أبيه، فلا يبطُلُ رقُّه بإسلامِ أبيه كالمنفصِلِ، وإن حُكِمَ بإسلامِه تبعًا له.

وخرَجَ بقولِه: «قبلَ الأسرِ» مَنْ أسلَمَ بعدَ الأسرِ وقبلَ اختيارِ الإمامِ، فإنَّه يُعصَمُ دمُهُ ويبْقَى الخيارُ في الباقِي، لكن إنَّما تجوزُ المُفاداةُ إن كان عزيزًا في قومِه أو له فيهم عشيرةٌ[1] ولا يُخْشَى على نفسِه ودِينِه؛ أي: إن أرادَ الرُّجوعَ إلى دارِ الكفرِ.

ثُمَّ ينبَغِي أن يُعصَمَ صغارُ أولادِه ومجانينُهم مُطلقًا وإن كانُوا بدارِ الحرْبِ لتبعيَّتِهم له في الإسلامِ من غيرِ استيلاءٍ عليهم قبْلَه، فلا يُسترَقُّ حرُّهُم وإن أرقَّ[2] هو لتقدُّمِ أسْرِه على إسلامِه فلم تقارنْ حرِّيَّتُه إسلامَه قبلَ أسْرِه بخلافِهم، ولا ينتقِلُ مِلْكُ رقيقِهم بسببه عن مالكِه إلَّا إن كان حَربيًّا؛ لأنَّه حينئذٍ مالُ حربيٍّ، وكذا مالُه إنِ اختارَ الإمامُ فداءَه أوِ المَنَّ عليه، بخلافِ ما إذا اختارَ رِقَّه، فليُتأمَّلْ.

---

(١) في (ش): «عشرة».

(٢) في (هـ): «استرق».

(وَيُحْكَمُ لِلصَّبِيِّ) والصَّبيَّةِ علـى أنَّ لفظَ الصَّبيِّ لغةً يتنـاولُ الذَّكرَ والأنثى كما نقَلَه الإسْنَوِيُّ عنِ ابنِ حزمٍ، ومثْلُه المجنونُ والمجنونةُ (بِالْإِسْلامِ) أي: بإسلامِه ظاهرًا وباطنًا هنا وفيما بعدَه، ومِن ثَمَّ لو وصفَ الكفْرَ هنا أو فيما بعدَه بعدَ البلوغِ أوِ الإفاقةِ صارَ مرتدًّا.

(عِنْدَ وُجُودِ) واحدٍ مِن (ثَلاثَةِ أَسْبَابٍ):

(١) (أَنْ يُسْلِمَ أَحَدُ أَبَوَيْهِ) وإن عَلَا، ذكرًا كان أو أُنثى، وارثًا كان أو غيرَ وارثٍ، حُرًّا كان أو رقيقًا، وقد وقَعَ السُّؤالُ عن ذمِّيٍّ غابَ وأسْلَمَ في غيبتِه ثُمَّ حضَرَ بعدَ بلوغِ ولَدِه، ووقَعَ النِّزاعُ في أنَّ بُلوغَ ولَدِه قبلَ إسلامِه أو بعدَه، ولا يبعُدُ تصديقُ الأصلِ؛ لأنَّ الأصْلَ بقاءُ الصِّبا إلى الإسلامِ، وأمَّا أصلُ بقاءِ الكفرِ إلى بلوغِ الولدِ فقَدْ ضعُفَ بوجودِ الإسلامِ، فليُتأمَّلْ.

(٢) (أَوْ) أنْ (يَسْبِيَهُ مُسْلِمٌ) ولو صبيًّا أو مجنونًا أو جماعةً فيهم مسلمٌ كذلكَ، (مُنْفَرِدًا عَنْ أَبَوَيْهِ) أي: عن كلٍّ منهما، فإن كان معَه أحدُهما وإن ماتَ بعدَ ذلكَ بأنْ كانَا في جيشٍ واحدٍ أو غنيمةٍ واحدةٍ وسُبِيَا معًا أو تقدَّمَ سبْيُ الأصلِ وإن لم يتَّحِدِ السَّابي فلا يُحكَمُ بإسلامِه؛ لأنَّ تبعيَّةَ الأصلِ أقْوَى، ولو سَبَاه ذمِّيٌّ أي: منفردًا عن أبوَيْه كما هو ظاهرٌ لم يُحكَمْ بإسلامِه، بل يكونُ على دينِ سابِيه؛ أي: فلو كان سابيه يهوديًّا أو نصرانيًّا صارَ هو كذلكَ، وإن كان أبواه يهوديَّيْنِ أو وثنيَّيْنِ مثلًا.

ومِن هنا يُتصوَّرُ عدمُ التَّوافقِ بينَ الأولادِ والأبويْنِ أو نقصهم[1] في التهوُّدِ والتَّنصُّرِ، وهذا ممَّا يقَعُ في مواضِعَ، فلو سُبِيَ أبواه بعدَ سبْيِ الذِّمِّيِّ إيَّاه ثُمَّ أسلَمَا حُكِمَ بإسلامِه خلافًا لِما قاله الحَليمِيُّ[2].

---

(١) في (ش)، (هـ): «بعضهم».

(٢) «أسنى المطالب» (٢/ ٥٠١).

وخرَجَ بسـباه ذمِّيٌّ ما لو سـرَقَه، فإن قلْنا: يملِكُه كلَّه فالحكمُ كذلكَ، أو هو غنيمةٌ وهو الأصحُّ حُكِمَ بإسلامِه؛ لأنَّ بعضَه للمُسلمينَ وفيه نظرٌ؛ لأنَّ السَّبيَ لم يقَعْ مِن المُسـلمينَ، ومُجرَّدُ الملْكِ لا يفيدُ إلَّا أن ينزِّلَ وقوعُ بعضِ المَسبي لهم منزلةَ سـبْيِهم، وهذا الكلامُ يتضمَّنُ الفرْقَ بينَ سـبْيِ الذِّمِّيِّ وسـرقتِه، وأنَّ الثَّانيَ غنيمةٌ دونَ الأوَّلِ، فليُتأمَّلْ المعنى الفارقُ.

وفي «الرَّوضِ»(١): وإن سَبَى الذِّمِّيُّ الصَّبيَّ وباعَه أو باعَه السَّـابي المسـلمُ دونَ أبوَيْه من مسـلمٍ لم يتبَعْه أي: المُشـتَري لفَواتِ الوقتِ أي: وقتِ التَّبعيةِ؛ لأنَّها إنَّما تثبُتُ ابتداءً. انْتَهى. والثَّانيةُ زائدةٌ على أصْلِه.

وهـذا الكلامُ يدُلُّ على أنَّ السَّـابيَ يملِكُ جميعَ المسـبيِّ ولا يكونُ غنيمةً، مسـلمًا كان السَّابي أو ذمِّيًّا، وفيه وقفةٌ في المسلمِ، بل قد يخالِفُ ما صرَّحُوا به في بابِ الجهادِ كما تقدَّمَ مِن أنَّ الصِّبيانَ ونحْوَهم إذا أُسِرُوا رُقُّوا وكانوا غنيمةً، إلَّا أن يُخَصَّ ذلكَ بأسْـرِ الإمامِ، ولا يخْفَى بُعْـدُه، أو يُحمَلُ البيعُ هنا على بيعِ ما يخُصُّه منه.

(٣) **(أَوْ)** أنْ **(يُوجَدَ)** الصَّبيُّ حالَ كونِه **(لَقِيطًا)** وقولُه: **(بِدَارِ الْإِسْلَامِ)** ومنها ما فتَحَها المسلمون وأقرُّوها بيدِ الكفَّارِ على وجْهِ الصُّلحِ، أو أقرُّوها بيدِهم بعدَ ملْكِها بجزيةٍ بشرطِ وجودِ مسلمٍ فيها في الصُّورتيْنِ يمكِنُ كونُه منه ولو مجتازًا، وإنْ نَفَاه متعلِّقٌ بقولِه يُوجَدُ، بخلافِ ما لو وُجِدَ بدارِ كفَّارٍ فيُحكَمُ بكفْرِه.

نعَمْ إن سـكَنَها مسـلمٌ كأسـيرٍ منتشـرٍ وتاجرٍ حُكِمَ بإسـلامِه، ولا عبرةَ هنا بالاجتيازِ، وخرج بالمُنتشـرِ المَحبـوسُ في مَطْمُورةٍ فيتَّجِهُ أنَّه لا أثَرَ له كما قاله

---

(١) «روض الطالب» (١/ ٩٨٩).

الإمـامُ، وهو ظاهرٌ إن لم يكُنْ في المَحبوسـينَ امـرأةٌ كما قاله بعضُهم، وبحَثَ الأَذْرَعِيُّ أنَّ المُرادَ بالسُّـكنى هنا ما يقطَعُ حُكمَ السَّفرِ، قال: بل ينبَغِي الاكتفاءُ بلُبثٍ يمكِنُ فيه الوقاعُ، وأنَّ هذا الولَدَ منه.

وحيثُ حُكِمَ بإسـلامِ اللَّقيطِ فبلَغَ ووصفَ كُفْرًا فهـو كافرٌ أصلِيٌّ، نعَمْ قال المَاوَرْدِيُّ[١]: إنَّه حيثُ لا ذمِّيَّ في الدَّارِ يكونُ مسلمًا ظاهرًا وباطنًا، وقضيَّتُه أنَّه إذا وصـفَ الكفْـرَ بعدَ بلوغِه كان مُرتدًّا، أو أقامَ ذمِّيٌّ بيِّنةً بنسَـبِه تبِعَه في الكفرِ، بخلافِ ما لوِ اقتصَرَ على التَّبنِّي[٢] فلا يتبَعُه فيه وإن لحِقَه.



(١) «الحاوي الكبير» (١٤/ ٢٤٦).

(٢) في (ع): «الرق».

(فَصْلٌ)
فِي قِسْمَةِ الغَنِيمَةِ

وهي ما حصَلَ من الكفَّارِ بقتالٍ ونحْوِه.

(وَمَنْ) خاطَرَ مِن المُسلمينَ ولو غيرَ مكلَّفٍ وأنثى ورقيقًا لمسلمٍ، وتاجرًا لا ذمِّيًّا، ولا نحو مُخذِّلٍ وعَينٍ في كفايةِ المُسلمينَ شرَّ بعضِ الحربيينَ إمَّا بأنْ (قَتَلَ قَتِيلًا) منهم مُقبلًا على القتالِ أو مُدبرًا عنه والحربُ قائمةٌ، ولوِ امرأةً وصبيًّا إن قاتَلا قتلًا على وجْهِ الخطرِ، بخلافِ قتْلِ أسيرٍ ومثخنٍ ونائمٍ وغافلٍ عنِ القتالِ، والقتلِ بعدَ الهزيمةِ، أو بنحْوِ رميٍ من حصنٍ أو صفٍّ، وإما بنحْوِ إثخانِه أو إعمائِهِ أو أسْرِه، أو قطْعِ يديْهِ أو رِجْليْهِ، أو يدًا ورجلًا، لا يدًا أو رجلًا.

(أُعْطِي) وجوبًا (سَلَبُهُ) وهو المجنونُ وإن أُغرِيَ أو لسيِّدِ الرَّقيقِ ولو أعجميًّا أُغرِيَ على الأوجَهِ وهو ثيابُه، ونحْوُ خُفِّهِ وآلةِ الحربِ كدرعٍ وسلاحٍ ومركوبٍ يقاتِلُ عليه أو يقاتِلُ راجلًا ممسكًا عنانَه وآلتَه؛ كسرجٍ ولجامٍ ومِقْودٍ وسِوارٍ وطَوقٍ ومِنْطَقةٍ وهِمْيانٍ بما فيه، وخاتمٍ ونفقةٍ معَه وجنيبةٍ واحدةٍ وسلاحٍ عليها على الأوجَهِ من تردُّدٍ للإمامِ، لا حقيبةٍ مشدودةٍ على مركوبِه، ولا ما فيها من نقدٍ ومتاعٍ ولا ولدِ مركوبِه التَّابعِ له.

(وَتُقْسَمُ الْغَنِيمَةُ) أي: ما بقِيَ منها (بَعْدَ ذَلِكَ) أي: بعدَ إعطاءِ السَّلبِ وكذا بعدَ إخراجِ المُؤنِ اللَّازمةِ؛ كمؤنةِ الحفْظِ والنَّقلِ وغيرِهما إن لم يوجَدْ متطوِّعٌ، ولا يُزادُ على أجرةِ المثْلِ خمسةُ أقسامٍ متساويةٍ.

(فَيُعْطَى أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهَا لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ) قبلَ الفتحِ بنيَّةِ القتالِ وإن لم يقاتِلْ، أو قاتَلَ وإن حضَرَ بنيَّةِ غيرِ القتالِ وإن جُرِحَ أو مرِضَ في أثناءِ القتالِ، وإن أزمَنَه الجُرحُ أوِ المَرضُ، بخلافِ ما لو ماتَ في الأثناءِ فيبطُلُ حقُّه إلَّا إن

ماتَ بعدَ حيازةِ المالِ، فالقياسُ أنَّه يستحِقُّ نصيبَه منه كما قاله الأَذْرَعِيُّ[1].

(لِلْفَارِسِ) أي: من كان معَه فرسٌ صالحٌ للقتالِ وإن غصَبَه إذا لم يحضُرْ مالكُه وإلَّا فلمالكِه، أو ضاعَ وقاتَلَ عليه غيرُه أو ماتَ أو خرَجَ عن ملْكِه في الأثناءِ (ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ) واحدٌ له واثنانِ لفرسِه (وَلِلرَّاجِلِ) أي: الماشي ومثْلُه راكبُ غيرِ الفرسِ كالبعيرِ والبغلِ (سَهْمٌ وَاحِدٌ).

(وَلَا يُسْهَمُ) مع شهودِ الوقعةِ على الوجهِ المذكورِ (إِلَّا لِمَنِ اسْتَكْمَلَ[2] فِيهِ خَمْسَ شَرَائِطَ) جمْعُ شريطةٍ، ولو شيخًا هِمًّا[3]، لا نحو أعمى وزَمِنٍ ومقطوعِ الأطرافِ، فليس لهم إلَّا الرَّضخُ: (الْإِسْلَامُ، وَالْبُلُوغُ، وَالْعَقْلُ، وَالْحُرِّيَّةُ) الكاملةُ، (وَالذُّكُورَةُ) المُحقَّقةُ أوِ المتبيَّنةُ[4]، بخلافِ مَن شهِدَها لا على الوجْهِ المذكورِ؛ كتاجرٍ لم يقاتِلْ ولا حضَرَ بنيَّةِ القتالِ، فلا يُسهَمُ له وإنِ استكمَلَ فيه ما ذُكِرَ بل يُرضَخُ له.

(فَإِنِ اخْتَلَّ شَرْطٌ مِنْ ذَلِكَ) المذكورِ وهو الخمسُ بأن كان كافرًا إن[5] حضَرَ بإذنِ الإمامِ وإلَّا عُزِّرَ ولا رضْخَ له ولم يستأجِرْ، وإلَّا فليس له إلَّا الأجرةُ، أو صبيًّا أو مجنونًا أو كامِلَ الرِّقِّ أو مُبعَّضًا في الأرجحِ وإن كان مهايأةً أو أنثى أو خُنثى لم تتبيَّنْ ذكورتُه.

(رُضِخَ لَهُ) أي: لمَن شهدَ الوقعةَ مِن المذكورينَ إن كان فيه نفْعٌ وإن حضَرَ بغيرِ إذْنِ مالكِ أمْرِه ولم يقاتِلْ، ولا حضَرَ بنيَّةِ القتالِ أي: أُعْطِيَ الرَّضخَ وهو دونَ سهمٍ يجتهِدُ الإمامُ في قدْرِه ويفاوِتُ فيه بحسبِ تفاوتِ النَّفعِ، لكن لا يبلُغُ به سهمَ راجلٍ.

---

(١) «قوت المحتاج» (٥/ ٩٧).
(٢) في (هـ): «استكملت».
(٣) في (ج): «هرمًا».
(٤) في (ع): «المبينة». وفي (ن): «المتينة».
(٥) في (ع): «أو».

قال في «الرَّوضِ»[(١)]: ولو لفارسٍ.

وقضيَّةُ قولُ «أصلِه»[(٢)]: «وإن كان فارسًا فوجهانِ بناءً على أنَّه هل يجوزُ أن يبلُغَ تعزيرُ الحُرِّ حَدَّ العَبدِ» أنَّه يبلُغُ به سهمَ راجلٍ، لكنَّه عقَّبَه بقولِه: «وبالمنعِ قطَعَ الماورديُّ»، وقال الأَذْرَعِيُّ[(٣)]: ظاهرُ كلامِ الجُمهورِ المنعُ، وهو الأصحُّ. انْتَهى.

ولا يخْفَى أنَّ هذا الخلافَ في الفارسِ باعتبارِ ما يستحِقُّه له ولفرسِه، فيكونُ الأصحُّ وجوبَ نقْصِ مجموعِ ما له ولفرسِه عن سهمِ راجلٍ لا فيما له مع قطْعِ النَّظرِ عن فرَسِه، وإلَّا فلا معنى للمبالغةِ في عبارةِ «الرَّوضِ»[(٤)]، ولا لتخصيصِ أصْلِه حينئذٍ الخلافَ بالفارسِ، فتأمَّلْه لتعلَمَ أنَّه يدفعُ ما وقَعَ لبعضِهم هنا، وما في «الكفايةِ» من أنَّه يُعتبَرُ في استحقاقِ المسلمِ الرَّضخَ ألَّا يكونَ له سلبٌ قد نُوزِعَ فيه، وإن تبِعَه غيرُه فيه، ومعلومٌ أنَّ رضْخَ الرَّقيقِ لسيِّدِه ورضْخَ المُبعَّضِ بينَه وبينَ سيِّدِه، إلَّا أن يكونَ بينَهما مهايأةٌ ويحضُرُ في نوبةِ نفْسِه فهو له، وقياسُ ذلكَ أنَّه لو حضَرَ في نوبةِ سيِّدِه كان لسيِّدِه. ولا يُعطَى مُخذِّلٌ ولا مرجفٌ مُطلقًا.

(**وَيُقْسَمُ الْخُمُسُ**) الخامسُ (**عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ**) متساويةٍ:

(١) (**سَهْمٌ**) منها كان (**لِرَسُولِ اللهِ ﷺ**) كان ينفِقُ منه على مصالحِه وما فضَلَ منه يصرِفُه في السِّلاحِ وسائرِ المصالحِ، و(**يُصْرَفُ بَعْدَهُ لِلْمَصَالِحِ**) العامَّةِ؛ كَسَدِّ الثُّغورِ وعمارةِ الحُصونِ والقناطرِ والمساجدِ وأرزاقِ القُضاةِ والأئمَّةِ، يُقدَّمُ مِن ذلكَ وجوبًا الأهمُّ فالأهمُّ. قال في «التَّنبيهِ»[(٥)]: وأهمُّها سدُّ الثُّغورِ.

---

(١) «روض الطالب» (٢/ ١٢٦).

(٢) «روضة الطالبين» (٦/ ٣٧٠).

(٣) «قوت المحتاج» (٥/ ١٠٦- ١٠٨).

(٤) «روض الطالب» (٢/ ١٢٦).

(٥) «التنبيه في الفقه الشافعي» (ص ٢٣٥).

(٢) (وَسَهْمٌ لِذَوِي الْقُرْبَى) له ﷺ (وَهُمْ بَنُو هَاشِمٍ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ) المُؤمنونَ دونَ بني عبدِ شمسٍ وبني نوفلٍ، سواءٌ الغنيُّ والفقيرُ عندَ سعةِ المالِ، وإلَّا قُدِّمَ الأحوجُ فالأحوجُ كما قاله الإمامُ[١]، والذَّكرُ والأنثى، لكن يُفضلُ الذَّكرُ فله مثْلُ حظِّ الأنثيينِ، وبحثَ الأَذْرَعِيُّ أنَّ الخُنثى كالأنثى، وأنَّه لا يُوقَفُ له شيءٌ، والمتَّجِهُ وقْفُ بقيَّةِ نصيبِ ذكَرٍ.

(٣) (وَسَهْمٌ لِلْيَتَامَى) المُسلمينَ الفُقراءِ أوِ المَساكينِ، واليتيمُ صغيرٌ لا أبَ له وإن كان له جَدٌّ، ومنه ولدُ الزِّنا والمَنفِيُّ، وفي اللَّقيطِ تردُّدٌ.

ويُشترطُ ثبوتُ اليُتْمِ والفقرِ والإسلامِ بالبيِّنةِ، وكذا الانتسابُ لبني هاشمٍ أو المُطَّلبِ على الأوجَهِ، بخلافِ مدَّعِي المَسكنةَ أوِ السَّفرَ، فيُصدَّقُ بلا يمينٍ وإنِ اتُّهِمَ، نعَمْ إن ادَّعى تلَفَ مالٍ عُرِفَ أو عيالًا فالقياسُ تكليفُه البيِّنةَ.

(٤) (وَسَهْمٌ لِلْمَسَاكِينَ) المُسلمينَ الشَّاملينَ للفُقراءِ.

(٥) (وَسَهْمٌ لِابْنِ السَّبِيلِ) المُسلمِ الفقيرِ، والمُرادُ به الجنسُ، وتقدَّمَ بيانُهما فيمَنْ يُدفَعُ له الزَّكاةُ، ويجِبُ أن يعُمَّ بالإعطاءِ آحادَ كلِّ صنفٍ مِن هذه الأصنافِ الأربعةِ ولا يخُصَّ[٢] بالحاصلِ في كلِّ ناحيةٍ مَن فيها منهم، لكن يجوزُ التَّفاوتُ بينَ آحادِ غيرِ ذوي القُرْبى بقدْرِ الحاجةِ ولو قلَّ الحاصِلُ بحيثُ لو وُزِّعَ لم يسُدَّ مسدًّا قدَّمَ الأحوجَ فالأحوجَ، ولا يستوعِبُ للضَّرورةِ ولم يوجَدْ في بعضِ الأقاليمِ شيءٌ أو لم يَفِ ما فيه بمَنْ فيه نَقَلَ إليه بقدْرِ ما يحتاجُ إليه في التَّسويةِ بينَ المنقولِ إليهم وغيرِهم.



(١) ينظر: «الشرح الكبير» (٧/ ٣٣١).

(٢) في (ع): «يختص».

(فَصْلٌ)
في قِسْمَةِ الفَيْءِ

وهـو ما حصَلَ من الكفَّارِ بلا قتالٍ ونحْوِه؛ كجزيةٍ، وعُشْـرِ تجارةٍ، وما جَلَوا عنه خوفًا، ومالِ مُرتدٍّ قُتِلَ أو ماتَ.

(**وَيُقْسَـمُ مَـالُ الْفَـيْءِ عَلَى خَمْسٍ**) من الأقسـامِ (**يُصـرَفُ خُمُسُـهُ**) بعد جعْلِه أيضًا خمسـةَ أقسامٍ (**عَلَى مَنْ يُصْرَفُ عَلَيهُمْ سَهْمُ**[1] **الْغَنِيمَةِ**) وهو خمُسُها السَّابقُ (**وَتُعْطَى أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِـهِ**) الباقية وكانت هي وخمسُ الخُمُسِ للنَّبيِّ ﷺ في حياتِه، فجملةُ ما كان له مِن الفيْءِ أحدٌ وعشرون سهمًا (**لِلْمُقَاتِلَةِ، وَفِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ**) وهمُ الأجنادُ المرصدون للجهادِ بتعيين الإمامِ؛ لأنَّ في الجهادِ مصالحُ المسـلمين فيُعطـى كلُّ واحـدٍ منهـم وإن كان غنيًّا قـدْرَ حاجتِه وحاجةِ ممونِه مِـن نحْوِ فروعٍ وأصولٍ وزوجاتٍ وعبيدِ خدمةٍ اعتادها إن لم يكتَفِ بواحدٍ وعبيدٍ لحاجةِ الجهادِ لا عبيـدَ زينـةٍ وتجارةٍ، نفقةٍ وكسـوةٍ وغيرِهما، ويُراعَى حالُـه في مروءتِه وضدِّها، والزَّمانُ والمكانُ وعادةُ البلدِ في المطعومِ وما يعرِضُ من غلاءٍ ورخْصٍ.

ويعُطى الفارسُ فرسًا احتاجَه ومؤنتَه لا دوابَّ زينةٍ ولا مؤنتَها، فإن زادَ المالُ على حاجتِهم قُسِّـمَتِ الزِّيادةُ عليهم على قـدْرَ حاجتِهم، وله صرْفُ بعضِها إلى نحْوِ الخيلِ والسِّـلاحِ والحُصونِ وبناءِ رباطاتٍ ومسـاجِدَ اقتضاهـا رأْيُه، ولعلَّ هذا محملُ قوْلِ المُصنِّفِ: «وفي مصالحِ المسلمينَ».

قال في «الرَّوضةِ»[2]: ولا خلافَ في جوازِ صرْفِها إلى المرتزقةِ عن كفايةِ السَّنةِ القابلةِ. انْتَهى.

وخـرَجَ بالمُرصَدينَ للجهادِ: المُتطوِّعةُ بالغزْوِ إذا نشَـطُوا فيُعطَوْن مِن الزَّكاةِ دونَ الفيْءِ.

---

(١) في (ج)، (ن): «خمس».

(٢) «روضة الطالبين» (٦/ ٣٦٥).

(فَصْلٌ)
فِي الجِزْيَةِ

وهي تُطلَقُ على العَقدِ المُركَّبِ مِن الإيجابِ.

ويُشتَرطُ صدورُه مِن الإمامِ أو نائبِه العامِ أو فيه، كـ«أذِنْتُ في إقامتِكم بدارِنا على أن تبذُلُوا جزيةً» ويبيِّنُها، وتنقادُوا لحكمِ الإسلامِ، والقبولُ المتَّصلُ به؛ كالبيعِ من كلٍّ منهم، أي: أو مِن وكيلِهم؛ كـ«قبِلْتُ» و«رضِيتُ»، وعلى المالِ الملتزمِ به، وهو المُراد في قوله: (**وَشَرَائِطُ وُجُوبِ الْجِزْيَةِ**) جمْعُ شريطةٍ (**خَمْسُ خِصَالٍ**):

(١-٢) (**الْبُلُوغُ، وَالْعَقْلُ**) فلا جزيةَ على صبيٍّ ومجنونٍ أطبَقَ جنونُه، فإن تقطَّعَ فإن كان قليلًا كساعةٍ من شهرٍ ويومٍ من سنةٍ لزِمَتْه، وإن كان كثيرًا كيومٍ ويومٍ لفَّقَتِ الإفاقةُ إن أمكَنَ، فإذا بلَغَتْ سنةً لزِمَتِ الجزيةُ، فإن لم يمكِنْ فالظَّاهرُ أنَّه يجْرِي عليه أحكامُ الجنونِ، ولو قلَّ زمنُ الإفاقةِ جدًّا فلا أثَرَ لها كما بُحِثَ وهو ظاهرٌ، ولو طرَأَ الجنونُ في أثناءِ الحوْلِ لزِمَه القسْطُ كموته حينئذٍ.

(٣) (**وَالحُرِّيَّةُ**) فلا جزيةَ على مَن فيه رقٌّ ولو مُكاتبًا ومُبعَّضًا، ولا على سيِّدِه بسببِه، فإن عتَقَ أو بلَغَ الصَّبيُّ احتاجَ لعقدٍ، فإن أَبى بلَغَ المأمنَ.

(٤) (**وَالذُّكُورَةُ**) فلا جزيةَ على امرأةٍ ولا خُنثى، فإن بانَ ذكرًا لزِمَتْه، وهل يؤخَذُ منه جزيةُ السِّنين الماضيةِ؟ وجهانِ.

قال في «الرَّوضةِ»[1]: ينبَغِي أن يكونَ الأصحُّ الأخْذَ. انْتَهى.

---

(١) «روضة الطالبين» (١٠/ ٣٠٢).

وصوَّرَ غيرُ واحدٍ المسألةَ بما إذا عُقِدَتْ له حالَ خنوثتِه، ويوجَّهُ بأنَّ الجزيةَ لا تجِبُ بغيرِ عقدٍ، ولهذا صرَّحُوا بأنَّه لو أقامَ حربيٌّ بدارِنا سنةً فأكثَرَ بغيرِ عقدٍ لم يلزَمْهُ شيءٌ لما مَضَى.

قال في «أصلِ الرَّوضةِ»[1]: لأنَّ عمادَ الجزيةِ القبولُ، وهذا حربيٌّ لم يلتزِمْ شيئًا.

وبأنَّه لو عقدَها أحدُ الرَّعيَّةِ لم يُقبلِ المَعقودُ له بل نلحِقُه بمأمَنِه، فإن أقامَ سنةً فأكثَرَ لم يلزَمْه شيءٌ على الأصحِّ، بخلافِ مَن أقامَ بعقدٍ فاسدٍ مِن الإمامِ يسقُطُ المُسمَّى ويلزَمُه دينارٌ لكلِّ سنةٍ، ولا يصِحُّ الفرْقُ بأن الخُنثى ملتزمٌ؛ لأنَّه مِن أين جاءَه الالتزامُ الذي هو فرعُ الذِّمَّةِ ولم يوجَدْ، وتخصيصُه بمَنْ دخَلَ في عقدِ الذِّمَّةِ تبعًا لأصْلِه ثُمَّ بلَغَ وأقامَ سنةً فأكثَرَ مِن غيرِ عقدٍ غيرُ مفيدٍ؛ لأنَّ لزومَ المالِ هنا بمُجرَّدِ ذلكَ يحتاجُ لسندٍ قويٍّ مِن كلامِهم، وكذا بمَنْ شُرِطَ دخولُه معَه في عقْدِ الذِّمَّةِ نحْوُ قريبِه؛ لأنَّ هذا بتسليم لزومِ المالِ له بمُجرَّدِ ذلكَ من غيرِ اشتراطِه عليه معقودٌ له، والكلامُ في غيرِ المعقودِ له.

لا يقالُ: لا يصِحُّ التَّصويرُ المذكورُ لأنَّها إذا عُقِدَتْ له حالَ خُنوثتِه بتبيُّنِ ذكورتِه يتبيَّنُ صحَّةُ العَقدِ ولم يقَعْ خلافٌ في اللُّزومِ؛ لأنَّ العبرَةَ في العقودِ بما في نفْسِ الأمرِ مع وقوعِ الخلافِ هنا في اللُّزومِ؛ لأنَّا نقولُ: إنَّما يصِحُّ ذلكَ لو لم يكُنِ اعتبارُ نفْسِ الأمرِ في العقودِ مختلفًا فيه وليسَ كذلكَ كما يُعلَمُ مِن «الرَّوضةِ»[2] وغيرِها في شروطِ البيعِ، ولهذا حَكَوْا قولَيْنِ بالصحَّةِ والبطلانِ فيما لو باعَ مالَ مورِّثِه أو زوَّجَ أمتَه ظانًّا حياتَه فبانَ ميتًا، ولو سلِّم فيجوزُ أن يختلفَ هنا مع الاتِّفاقِ على اعتبارِ نفْسِ الأمرِ في العقودِ لمدركٍ يخُصُّ ذلكَ، فليُتأمَّلْ.

---

(١) «الشرح الكبير» (١١/ ٤٧٥).

(٢) «روضة الطالبين» (١٠/ ٣٠٢).

(٥) (وَأَنْ يَكُونَ) مَنْ يرادُ عقْدُ الجزيةِ له (مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ) ولو باعتبارِ أحدِ أبويْهِ ولوِ الأمَّ بأن تكونَ كتابيَّةً والأبُ وثنيًّا مثلًا، سواءٌ اختارَ دينَ الكتابيِّ منهما أو لم يختَرْ شيئًا، بخلافِ ما إذا اختارَ دينَ الوثنيِّ، وظاهرٌ أنَّ الكلامَ في البالغِ؛ إذِ الصَّبيُّ لا جزيةَ عليه ولا اختيارَ له.

ويتبَعُ أشرفَ أبويْهِ دِينًا وهمُ اليهودُ والنَّصارى حيثُ لم يُعلَمْ أنَّ تهوُّدَهم أو تنصُّرَهم أو تهوُّدَ أصْلِهم أو تنصُّرَه بعدَ النَّسخِ بأن عُلِمَ أنَّه قبلَه أو معَه، أو شكَّ فيه ولو بعدَ التَّبديلِ وإن لم يجتنبوا المبدلَ، والصَّابئةُ والسَّامرةُ إن لم تكفِّرْهم اليهودُ والنَّصارى ولم يخالِفُوهم في أصولِ دينِهم، ومَنْ زعَمَ التَّمسُّكَ بصحفِ إبراهيمَ وصحفِ شيثٍ[1] وزبورِ داودَ صلَّى اللهُ على نبيِّنا وعليهم وسلَّمَ ولو بلا بينةٍ، فلا تُعقَدُ لمَنْ تهوَّدَ هو أو أصْلُه بعدَ بعثةِ عيسى صلَّى اللهُ على نبيِّنا وعليهم وسلَّمَ، ولا مَن تهوَّدَ أو تنصَّرَ هو أو أصْلُه بعدَ بعثةِ نبيِّنا ﷺ.

(أَوْ) يكونُ (مِمَّنْ لَهُ شُبْهَةُ كِتَابٍ) وهمُ المجوسُ، وفي «أصْلِ الرَّوض»[2]: وهل كان لهم أي: للمَجوسِ كتابٌ أو شُبهةُ كتابٍ؟ قولانِ سبَقَا في النِّكاحِ أظهرُهُما الأوَّلُ، وقطَعَ به بعضُهم. انْتَهى.

وخرَجَ بما ذكَرَه: مَن لا كتابَ له، ولا شُبهةَ كتابٍ؛ كعبدةِ الأوثانِ والملائكةِ والشَّمسِ، فلا تعقد لهم، وشمِلَ كلامُ المُصنِّفِ مَن بلَغَ سفيهًا، فلو عقَدَ لنفسه هو أو وليُّه صحَّ، والشَّيخُ الهِمُّ والزَّمِنُ والأجيرُ والرَّاهبُ والأعمى والفقيرُ الذي لا كسْبَ له، فإذا تمَّتْ سنةٌ وهو معسرٌ فهي في ذمَّتِه إلى أن يوسِرَ، وإذا وُجِدَ عقدُ الذِّمَّةِ لأحدٍ تناولَ أموالَه وعبيدَه وزوجاتِه وصغارَ أولادِه ومجانينَهم

---

(١) في (ش): «موسى».

(٢) «روضة الطالبين» (١٠/ ٣٠٤).

وإن لم يُشترطْ دخولُهم، وكذا مَن له به علقَةٌ نحْوُ قرابةٍ أو مصاهرةٍ مِن النِّساءِ والصِّبيانِ والمجانينِ والأرقَّاءِ إن شُرِطَ دُخولُهم.

ويجوزُ عقْدُ الذِّمَّةِ للمَرأةِ والخُنثى بلا مالٍ، ويُشترَطُ عليهما التزامُ الأحكامِ ويعلِمُهما أنَّه لا مالَ عليهما، فإن رغِبَا في بذْلِه فهو هبةٌ لا تلزَمُ إلَّا بالقبضِ.

(**وَأَقَلُّ الْجِزْيَةِ دِينارٌ**) خالصٌ مضروبٌ عن كلِّ واحدٍ غنيٍّ أو فقيرٍ (**فِي كُلِّ حَوْلٍ**) فلا يجوزُ العَقدُ بغيرِه ولا بأقلَّ منه عندَ قوَّتِنا، أمَّا عندَ ضعْفِنا فيجوزُ عقْدُها بأقلَّ بالمصلحةِ، وإذا عقدَ بدينارٍ فله أن يعتاضَ عنه ما قيمتُه دينارٌ.

(**وَيُؤْخَذَ مِنَ**) الرَّشيدِ (**الْمُتَوَسِّطِ**) بينَ الفقيرِ والمُوسرِ (**دِينارَانِ، وَمِنَ**) الرَّشيدِ (**الْمُوسِرِ أَرْبَعَةُ دَنَانيرَ**) بأن يُماكِسَهما (**اسْتِحْبَابًا**) حتَّى يأخُذَ منهما ذلكَ، أمَّا السَّفيهُ فلا يجوزُ عقْدُه ولا عقْدُ وليِّه له بأكثَرَ من دينارٍ، فلو عقَدَ الرَّشيدُ بأكثَرَ ثُمَّ سفِهَ فهل تلزَمُه الزِّيادةُ؟ وجهانِ أوجهُهُما اللُّزومُ.

واعلمْ أنَّ المُماكسَةَ وهي المشاحَّةُ تكونُ عندَ العَقدِ وعندَ الأخْذِ، فالأَوْلَى أن يماكِسَه حتَّى يعقِدَ عليه بأكثَرَ مِن دينارٍ، فإن أجابَه للأكثَرِ وجَبَ العَقدُ به، كما لو أجابَ إليه بدونِ مماكسةٍ، أو علِمَ أنَّه يجيبُ إليه وإن أَبَى إلَّا العَقدَ بدينارٍ وجبَتْ موافقتُه.

وأمَّا الثَّانيةُ فعلى وجهيْنِ:

أحدُهما: أن يعقِدَ له بدينارَيْنِ ثُمَّ عندَ الاستيفاءِ يماكِسُه حتَّى يأخُذَ منه أكثَرَ، فهذا لا يجوزُ وإن كان المعقودُ له موسرًا أو صارَ موسرًا بل يجِبُ الاقتصارُ على أخْذِ ما عُقِدَ به.

وثانيهُما: أن يعقِدَ على الأوصافِ؛ كـ«عقَدْتُ لكم على أنَّ على الغنيِّ

أربعةَ دنانيرَ وعلى المتوسِّطِ دينارَيْنِ وعلى الفقيرِ دينارًا مثلًا في الجميعِ»، ثُمَّ في آخرِ الحولِ يماكِسُ مَن يستوفِي منه إذا ادَّعى أنَّه فقيرٌ أو متوسِّطٌ، فيقولُ له: بل أنتَ غنيٌّ فعليكَ أربعةٌ مثلًا، أو مَنِ ادَّعى أنَّه فقيرٌ، فيقولُ: بل أنتَ متوسِّطٌ فعليكَ دينارانِ مثلًا، فإن عادَ واتَّفقَ على الغِنَى أوِ التَّوسُّطِ أخَذَ منه الأربعةَ أوِ الدِّينارَيْنِ مثلًا، وإن أَبَى إلَّا ما ادَّعاه أخَذَ منه مُوجِبَه ما لم يثبُتْ خلافُه بطريقِه الشَّرعيِّ.

ثُمَّ إنْ أطلَقَ هذه الأمورَ أعني الغِنَى والتَّوسُّطَ والفقرَ اعتُبِرَتْ وقْتَ الأخذِ، وإن قُيِّدَ بوقتٍ اتُّبِعَ، والقولُ قولُ مدَّعِي الفقرِ أو التوسُّطِ بيمينِه، إلَّا أن تقومَ بينةٌ بخلافِه أو يُعهَدُ له مالٌ، وهذا الوجْهُ جائزٌ، فمَنْ ذكَرَ المُماكسَةَ عندَ الأخْذِ كما هو ظاهرُ كلامِ المُصنِّفِ بحملِ ما ذكَرَه على هذا الوجْهِ دونَ الوجْهِ الأوَّلِ، وإلَّا فهو ضعيفٌ.

(وَيَجُوزُ) للإمامِ أو نائبِه بل يُستحَبُّ، وقيلَ: يجِبُ إذا أمكَنَه أن يشرطَ الضِّيافةَ عليهم إذا عُقِدَتْ لهم الجزيةُ ببلادِهم وكذا ببلادِنا كما يشمله كلامُ المُصنِّفِ واعتمَدَه الأَذْرَعِيُّ وإن نقَلَ الزَّرْكَشِيُّ خلافَه **(أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِمْ)** أي: على الأغنياءِ والمتوسِّطينَ منهم دونَ الفقراءِ **(الضِّيَافَةَ)** لمَنْ يمُرُّ بهِم مِن المُسلمينَ **(فَضْلًا)** أي: زيادةً **(عَلَى مِقْدَارِ)** أقلِّ **(الْجِزْيَةِ)** فلا يجوزُ جعلُها منه على الأصحِّ، ويبيِّنُ في العَقدِ قدْرَ أيَّامِ الضِّيافةِ في العامِ كمئةِ يومٍ فيه ومدَّةَ الإقامةِ من يومٍ أو ثلاثٍ، ويُسَنُّ ألَّا يزيدَ عليها.

وعددَ الضَّيفانِ رَجَّالةً وفرسانًا كعشرين في العامِ مِن الرَّجَّالةِ كذا ومِن الفرسانِ كذا على الواحدِ أو ألفٍ كذلكَ على الجميع يتوزَّعُونها بقدْرِ الجزيةِ، أو يتحمَّلُ بعضُهم عن بعضٍ ويبيِّنُ جنسَ الطَّعامِ والأُدمِ وقدْرَهما لكلِّ واحدٍ.

ويُبيِّنُ علَفَ الدَّوابِّ لا جنْسَه، ويحمَلُ على نحْوِ تبنٍ وحشيشٍ، ولا قدْرَه إلَّا أن يذكُرَ شعيرًا أي: أو نحو فولٍ كما هو ظاهرٌ، ولا يجِبُ عندَ عدمِ تعيينِ دوابِّ كلِّ علفٍ أكثَرُ من دابَّةٍ لكلِّ واحدٍ.

ويُبيِّـنُ منازلَ الضِّيفانِ الدَّافعةَ للحَرِّ والبَردِ مِن نحْوِ فضولِ منازلِهم أو بيوتِ مَن لا ضيافةَ عليه أوِ الكنائسِ، وفي «الذَّخائرِ» عنِ الأصحابِ أنَّه يُشتَرطُ عليهم تزويـدُ الضَّيفِ كفايةَ يومٍ وليلةٍ، وللضَّيفِ حمْلُ الطَّعامِ مِن غيرِ أكْلٍ لا المُطالبةُ بعوَضِه.

(وَيَتَضَمَّـنُ عَقْـدُ الذِّمَّـةِ) الحاصِـلُ بعقْـدِ الجِزيةِ والذِّمَّـةِ العهـدَ المُتضمِّنَ للأحكامِ الآتِي بعضُها أي: يقتَضِي شـرعًا **(أَرْبَعَةُ أَشْيَاءَ)** أي: وجوبُها، وهذا لا ينافِي أنَّه يتضمَّنُ زيادةً على الأربعةِ أيضًا:

(١) **(أَنْ يُـؤَدُّوا الْجِزْيَـةَ)** أي: المالَ المضروبَ عليهم؛ لأنَّـه لازمٌ لهم، فإنِ امتنعـوا مـن أدائِها مع القـدْرةِ على وجْهِ التَّغلُّـبِ والمُقاتلةِ انتقَـضَ عهدُهم أو مـع العجزِ فيُمهلُون ولا يُنتقَضُ عهْدُهم أو مـع القدرةِ لا على الوجْهِ المذكورِ، فتؤخَذُ منهم قهرًا ولا انتقاضَ.

(٢) **(وَأَنْ تَجْرِي عَلَيْهِمْ أَحْكَامُ الإِسْلَامِ[١])** كضمانِ النَّفسِ والمالِ والعرْضِ، فيلزَمُهم الانقيادُ لها.

قال في «أصلِ الرَّوضةِ»[٢]: هكذا أطلَقَه الأصحابُ، وحَكَى الإمامُ عنِ العِراقيِّينَ أنَّ المُرادَ أنَّهم إذا فعَلُوا ما يعتقِدُون تحريمَه يجْرِي عليهم حكمُ اللهِ تعالى فيه ولا يُعتبَـرُ رِضاهُـم، وذلكَ كالزِّنا والسَّـرقةِ فإنَّهما محرَّمانِ عندَهم كشـرْعِنا، وأمَّا ما

---

(١) في (ج)، (ك): «المسلمين».

(٢) «الشرح الكبير» (١١/ ١٣٩)، و«روضة الطالبين» (١٠/ ٣٢٧).

يعتقِدون حلَّه فقدْ سبَقَ أنَّ حدَّ الشُّربِ لا يُقامُ على ذمِّيٍّ على الأصحِّ وإن رَضِيَ بحُكمِنا، ولو نكَحَ مجوسِيٌّ مَحرمًا له لم يتعرَّضْ له، فإن رفَعُوا إلينا ورَضُوا بحُكمِنا حكَمْنا، وهل يجِبُ الحكمُ؟ فيه القولانِ المعروفانِ. انْتَهى.

فإنِ امتنَعُوا مِن إجراءِ الأحكامِ بالقوَّةِ والعدَّةِ لا بنحْوِ الذَّبِّ انتقَضَ عهْدُهم، ومعَ عدمِ حدِّهم بشُربِ الخمرِ يُعزَّرون بإظهارِه كإظهارِهم التَّثليثَ، واعتقادِهم في المسيحِ وعُزيرٍ صلَّى اللهُ عليهما وسلَّم، وإظهارِ النَّاقوسِ والخِنزيرِ وأعيادِهم وقراءةِ التَّوراةِ والإنجيلِ ونحْوِها، ولا يُنتقَضُ عهْدُهم بذلكَ وإن شُرِطَ انتقاضُه به.

(٣) (وَأَلَّا يَذْكُرُوا) اللهَ أو رسولَه أوِ القرآنَ أو نبيًّا أو (دِينَ الْإِسْلَامِ) أو نحْوَها (إِلَّا بِالخَيْرِ) فإن سَبُّوا اللهَ أو رسولَه أوِ القرآنَ أو دينَ الإسلامِ أو أحدًا مِن الأنبياءِ أو نحْوَها جهرًا بما لا يتديَّنُون به؛ كالطَّعنِ في نسَبِه ﷺ أو نسبتِه إلى الزِّنا، فإن شُرِطَ انتقاضُ عهْدِهم بذلكَ انتقَضَ، وإلَّا فلا، أمَّا ما يتديَّنون به كقولِهم: القرآنُ ليس من عندِ اللهِ، وأنَّ اللهَ ثالثُ ثلاثةٍ، فلا انتقاضَ به مُطلقًا.

(٤) (وَأَلَّا يَفْعَلُوا مَا فِيهِ ضَرَرٌ لِلْمُسْلِمِينَ) كإيواءِ جاسوسٍ، ودلالةِ أهلِ الحربِ على عورةٍ لنا، وقطْعِ الطَّريقِ عليهم، فإن فعَلُوا شيئًا من ذلكَ انتقَضَ عهدُهم إن شُرِطَ انتقاضُ العهدِ به، وإلَّا فلا.

ومنِ انتقَضَ عهدُه بقتالٍ وجَبَ دفْعُه وقتالُه؛ لأنَّه صارَ بذلكَ حربيًّا والإمامُ مخيَّرٌ فيه بينَ القتلِ والإرقاقِ[1] والمَنِّ والفداءِ، ولا يجِبُ تبليغُه مأمنَه، أو بغيرِ قتالٍ ولم يسأَلْ تجديدَ العهدِ تخيَّرَ الإمامُ فيه بينَ القتْلِ وغيرِه ممَّا تقدَّمَ، ولا يجِبُ إبلاغُه مأمنَه، فإن سألَ تجديدَ العهدِ وجَبَ إجابتُه.

---

(١) في (ج): «والاسترقاق».

ومـنِ انتقَـضَ عهْـدُه لم يبطُلْ أمـانُ ذرارِيـه؛ كالنِّسـاءِ والخناثـى والصِّبيانِ والمجانينِ، ولا يجوزُ سبْيُهم ولا إرقاقُهم، ويجوزُ تقريرُهم في دارِنا، فإن طلَبُوا دارَ الحـربِ أُجيبَ النِّسـاءُ والخناثـى دونَ الصِّبيانِ والمجانينِ حتَّـى يبْلُغوا أو يفيقوا أو يطلبَهم مستحِقُّ الحضانةِ.

(وَيُعَرَّفُـونَ) أي: يجِـبُ أن يميَّزَ أهلُ الذِّمَّةِ ولو نسـاءً في دارِنا **(بِلُبْسِ الْغِيَارِ)** بكسـرِ المعجمـةِ وإن لم يُشـتَرطْ عليهم، وهو مـا يخالِفُ لونُه لـونَ ثوْبِه، كأن يخيطَ في موضعٍ لا يُعتادُ الخياطةُ فيه كالكتِفِ على ثوبِه الظَّاهرِ ما يخالِفُ لونَه، والأَوْلى باليهودِ الأصفرُ، وبالنَّصارى الأزرقُ، وبالمَجوسِ الأسودُ، وبالسَّامرةِ الأحمرُ.

(وَشَـدِّ الزُّنَّارِ) بضمِّ الزَّاي وهو خيطٌ غليظٌ يُشَـدُّ به وَسطُه فوقَ الثِّيابِ، نعَم المَـرأةُ وأُلْحِـقَ بها الخُنثى تجعَلُـه تحتَ إزارِها وتُظهِرُ بعضَه، وقال الشَّـيخُ أبو حامدٍ: فوقَه[1]. والجمْعُ بينَهما مبالغةٌ في التَّمييزِ.

(وَيُمْنَعُـونَ) أي: ذكـورُ أهـلِ الذِّمَّـةِ المكلَّفون **(مِـنْ رُكـوبِ الْخَيْلِ)** إن لم ينفـرِدُوا عنَّا، فإنِ انفرَدُوا ببلدةٍ أو قريةٍ في غيرِ دارِنا فوجهانِ، والأقرَبُ كما قاله الأَذْرَعِيُّ[2] عدمُ المنعِ.

وخرَجَ بالخيلِ: الحميرُ، والبغالُ ولو نفيسةً، والبَراذينُ الخسِيسةُ.

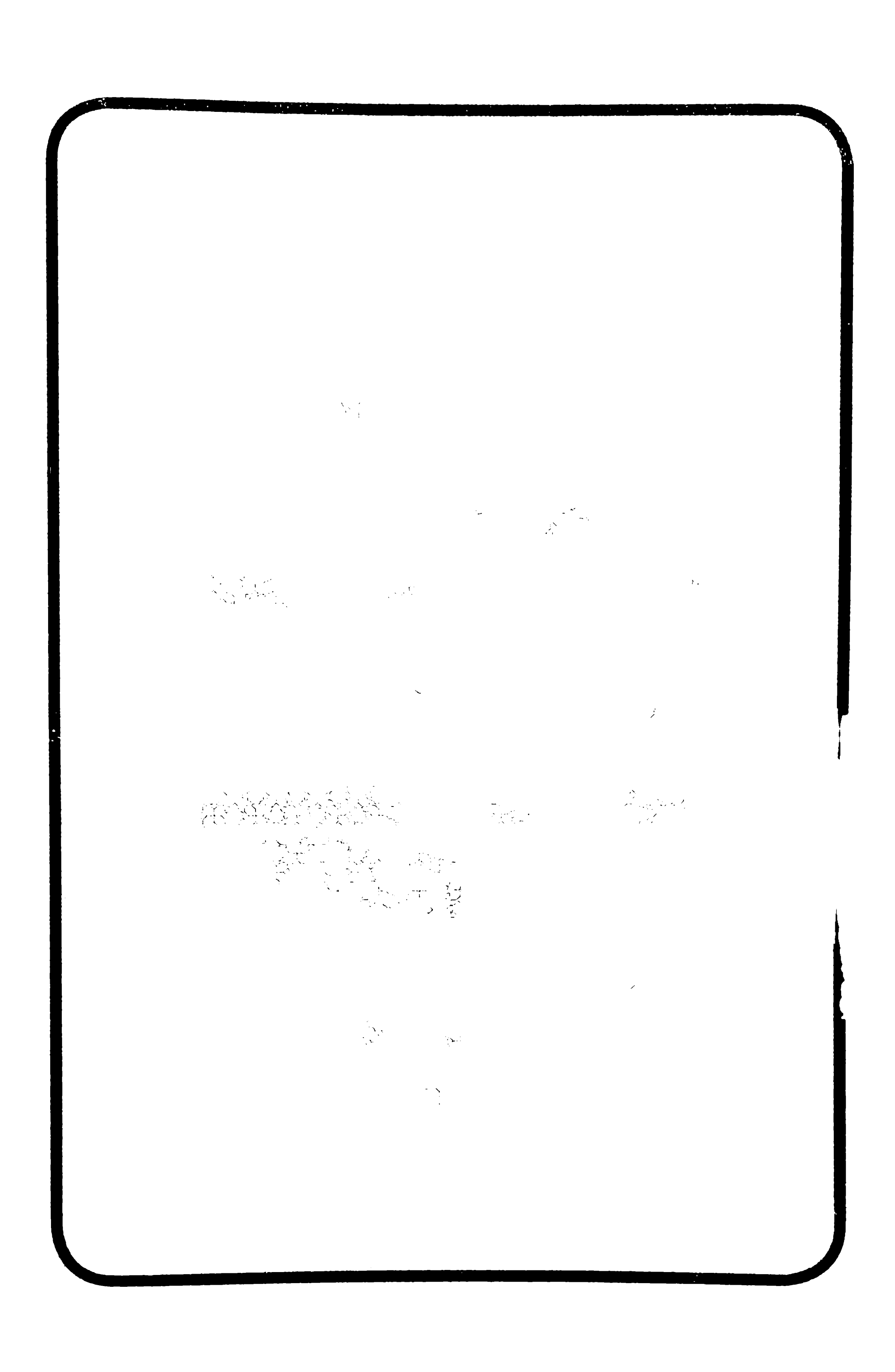


---

(١) «روضة الطالبين» (١٠/ ٣٢٧).

(٢) «قوت المحتاج» (٩/ ٤٨٠).

(كِتَابُ الصَّيدِ وَالذَّبَائِحِ)



(كِتَابُ) بيانِ[1] (الصَّيدِ)

بمعنى الاصطيادِ؛ أي: ما يُعتبَرُ فيه ليحِلَّ المَصيدُ، أو بمعنى المَصيدِ أي: ما يُعتبَرُ فيه مِن حيثُ اصطيادُه ليحِلَّ هو.

(وَ) بيانُ (الذَّبَائِحِ) جمْعُ ذبيحةٍ بمعنى مذبوحةٍ مِن حيثُ ما يعتبَرُ في ذبْحِها لتحلَّ، وأفرَدَ الصَّيدَ نظرًا للفْظِ المصدرِ، وجمَعَ الذَّبيحةَ نظرًا لاختلافِ أنواعِها.

(**وَمَا قُدِرَ عَلَى ذَكَاتِهِ**) من الحيوانِ البَريِّ المأكولِ[2] بأن قدَرَ عليه (**فَذَكَاتُهُ**) المُحلِّلةُ له تحصُلُ بالقطْعِ (**فِي حَلْقِهِ**) وهو أعلى العنقُ[3] (**وَلَبَّتِهِ**) وهي أسفلُ عُنقِه أي: في أحدِهما، وسيأتِي أنَّ المُعتبَرَ قطْعُ الحُلقومِ والمَرِّيءِ.

(**وَمَا لَمْ يُقْدَرْ عَلَى ذَكَاتِهِ**) مِن الحيوانِ بأن لم يُقدَرْ عليه كصيدِ متوحِّشٍ وبعيرٍ نَدَّ أو تردَّى في بئرٍ ولم يُمكِنْ قطْعُ حُلقومِه ومرِّيئِه وشاةٍ شرَدَتْ (**فَذَكَاتُهُ**) المُحلِّلةُ له (**عَقْرُهُ**) أي: جرحُه برمْيِه بنحْوِ سهمٍ جُرحًا مُزهِقًا للرُّوحِ (**حَيْثُ**) أي: في أيِّ موضعٍ فيه (**قُدِرَ عَلَيْهِ**) أي: على عقْرِه فيه كرِجْلِه.

(**وَيُسْتَحَبُّ فِي الذَّكَاةِ أَرْبَعَةُ أَشْيَاءَ**) أي: الجمْعُ بينَها وهي:

(١) (**قَطْعُ**) كلِّ (**الْحُلْقُومِ**) وهو مَجْرى النَّفَسِ دُخولًا وخُروجًا.

(٢) (**وَ**) قطْعُ كلِّ (**الْمَرِيءِ**) بالهمزِ، وهو مجْرَى الطَّعامِ والشَّرابِ تحتَ الحُلقومِ.

(٣-٤) (**وَ**) قطْعُ كلٍّ مِن (**الْوَدَجَيْنِ**) بفتحِ الواوِ والدَّالِ، وهما عرقانِ في صفحتَيِ العُنقِ يُحيطانِ بالحُلقومِ.

---

(١) في (هـ): «أحكام».
(٢) ليست في (ج)، (ع).
(٣) في (ع): «عنقه».

(والمُجْزِئُ مِنْهُمَا) أي: مِن هذه الأربعةِ دونَ غيرِه **(شَيْئَانِ)** وهما **(قَطْعُ)** كلِّ **(الْحُلْقُومِ، و)** قطع كلِّ **(المَرِّيءِ)** قطعًا متمحِّضًا بشرطِ وجودِ الحياةِ المُستقرَّةِ عندَ ابتدائِهِ وإن لم تبْقَ إلى انتهائِهِ، فلو قطَعَ بسكينٍ مَسمومٍ بسُمٍّ موحٍ، أو قارَنَ القطْعَ ما له مدخلٌ في الهلاكِ كإخراجِ حَشْوَتِه، أوِ انْتَهى الحيوانُ عندَ ابتداءِ القطْعِ إلى حركةِ مذبوحٍ بنحْوِ جُرحٍ أوِ انهدامِ سَقفٍ أو أكْلِ نباتٍ ضارٍّ أو نحْوِها حرُمَ، بخلافِ ما لوِ انْتَهى إلى ذلكَ بمرضٍ وإن كان سببُه أكْلَ نباتٍ مُضِرٍّ.

والأوجَهُ فيما لو رفَعَ يدَه لاضطرابِ الحيوانِ أو غيرِه وأعادَها فورًا، أوِ انقلبَتْ شفرَتُه فرَدَّها أنَّه لا يضُرُّ، والمُتبادَرُ مِن تعبيرِهِ بالقطْعِ والعقْرِ قصْدُ ذلكَ، فلو فقَدَ القصْدَ كأنْ كان بيدِه سكِّينٌ فسقَطَ وانجرَحَ به صيدٌ وماتَ أوِ احتكَّ به وهو في يدِه فانقطَعَ حُلقومُه ومريئُه، أو أرسَلَ سهمًا لاختبارِ قوَّتِه أو إلى غرضٍ فأصابَ صيدًا أو قتَلَه حرُمَ، ولا بدَّ مِن قصْدِ عينِ الصَّيدِ أو جنْسِه، فلو أجالَ بسيفِه فأصابَ مذبحَ صيدٍ أو أرسَلَ سهْمَه في ظُلمةٍ راجيًا صيدًا فقتَلَه حرُمَ.

ولو رَمَى إلى صيدٍ فأصابَ غيْرَه ولو مِن غيرِ جنْسِه أو إلى سرْبِ ظِباءٍ فأصابَ واحدةً حلَّ، أو إلى صيدٍ ظنَّه حجرًا أو خِنزيرًا فأصابَه حلَّ، أو غيرَه لم يحِلَّ؛ لأنَّه قصَدَ مُحرَّمًا فعُلِمَ أنَّ قصْدَ المُحرَّمِ إنَّما يضُرُّ إذا كانَتِ الإصابةُ لغيرِ المقصودِ.

(وَيَجُوزُ الاِصْطِيَادُ) أي: يحِلُّ ويُعتَدُّ به فيحِلُّ المُصادُ حيثُ لم يُدرَكْ فيه حياةٌ مستقرَّةٌ، أو أدرَكَها وتعذَّرَ ذبْحُه بلا تقصيرٍ، بأن سلَّ السِّكينَ فماتَ قبلَ إمكانِ ذبْحِه، أوِ امتنَعَ بقوَّتِه وماتَ قبلَ القُدرةِ عليه، بخلافِ ما لو تعذَّرَ بتقصيرٍ كأنْ لم يكُنْ معَه سكِّينٌ أو غُصِبَتْ أو نَشِبَتْ في الغِمْدِ **(بِكُلِّ جَارِحَةٍ)** أي: كاسبةٍ **(مِن سِبَاعِ الْبَهَائِمِ)** ككلْبٍ وفهدٍ **(مُعَلَّمَةٍ)** وسيأتِي شرْطُ[1] تعلُّمِها **(وَ)** كلِّ جارحةٍ مِن **(جَوَارِحِ الطَّيْرِ)** معلَّمَةٍ على ما سيأتِي كبازٍ وشاهينَ.

---

(١) في (ع): «شروط».

(وَشَرَائِطُ تَعْلِيمِهَا) أي: الجارحةِ مِن السِّباعِ والطَّيرِ أمورٌ (أَرْبَعَةٌ):

الأَوَّلُ: (أَنْ تَكُونَ إِذَا أُرْسِلَتِ) على الصَّيدِ بالبناءِ للمفعولِ أي: أغْرَاها أحدٌ عليه (اسْتَرْسَلَتْ) بالبناءِ للفاعلِ أي: قبِلَتِ الإرسالَ بأن هاجَتْ بإغرائه.

(وَ) الثَّانِي: أن تكونَ (إِذَا زُجِرَتِ) بالبناءِ للمفعولِ عنِ الذَّهابِ إلى الصَّيدِ ولو بعدَ شدَّةِ عدْوِها (انْزَجَرَتْ) أي: قبِلَتِ الانزجارَ وانكفَّتْ عنه، وهذا شاملٌ لجارحةِ الطَّيرِ، لكن نقَلَ الشَّيخانِ[1] عنِ الإمامِ عدمَ اشتراطِه فيها.

(وَ) الثَّالِثُ: أن تكونَ (إِذَا) أمسَكَتِ الصَّيدَ سواءٌ (قَتَلَتِ) الصَّيدَ بنحْوِ تحامُلِها عليه أو بثِقلِها، أو لم تقتُلْه (لَمْ تَأْكُلْ مِنْه) ولو مِن نحوِ جلدِه، بخلافِ نحْوِ شعرِه، ولم تقاتِلْ صاحبَها دونَه حينَ أخَذَه منها، ولم تهرَّ[2] في وجهه حينئذٍ كما بحَثَه ابنُ الرِّفْعَةِ.

(وَ) الرَّابعُ: (أَنْ يَتَكَرَّرَ ذَلِكَ) المذكورُ من الأمورِ الثَّلاثةِ (مِنْهَا) بحيثُ يُظَنُّ تأدُّبُها في عادةِ أهلِ الخبْرةِ بالجوارحِ.

(فَإِنْ عُدِمَ أَحَدُ الشُّرُوطِ) المذكورةِ بأنْ كانت إذا أُرسِلَتْ[3] لم تسترسِلْ، أو إذا زُجِرَتْ لم تنزجرْ على ما تقدَّمَ، أو إذا أمسَكَتِ الصَّيدَ أكَلَتْ منه أو لم تتكَرَّرْ تلكَ الأمورُ (لَمْ يَحِلَّ مَا أَخَذَتْهُ) مِن الصُّيودِ (إِلَّا أَنْ يُدْرَكَ حَيًّا) حياةً مستقرَّةً (فَيُذَكَّى) فيحِلَّ حينئذٍ، ولو ظهَرَ كونُها معلَّمةً ثُمَّ أكلَتْ مِن صيدٍ عقِبَ قتْلِه لا بعدَ انصرافِها وطولِ الزَّمنِ عرفًا بطَلَ تعليمها مِن حينِ الأكْلِ وحرُمَ ما أكَلَتْ منه دونَ ما قبلَه، ولوِ استرسلَتِ المُعلَّمةُ بنفْسِها وأكلَتْ ممَّا قتلَتْه لم يقدَحْ في تعليمِها وإن حرُمَ ما قتَلَته.

---

(١) «الشرح الكبير» (١٢/ ٢٠)، و«روضة الطالبين» (٣/ ٢٤٦).

(٢) في (ن): «تمر».

(٣) في (ج): «استرسلت».

(**وَتَجُوزُ**) أي: تجزئُ (**الذَّكَاةُ**) مِن ذبحٍ أو عقرٍ (**بِكُلِّ مَا**) أي: محدَّدٍ[1] (**يَجْرَحُ**) كحديدٍ ونُحاسٍ ورَصاصٍ وخشبٍ وقَصبٍ وحَجرٍ وزُجاجٍ (**إِلَّا**) الذَّكاةَ (**بِالسِّنِّ وَالظُّفُرِ**) وسائرِ العظامِ، فلا تجوزُ.

(**وَتَحِلُّ**) أي: تُجزئُ (**ذَكَاةُ كُلِّ مُسْلِمٍ وَكِتَابِيٍّ**) تحِلُّ مناكحةُ أهلِ ملَّتِه ولو أُنثى ورقيقًا وأعمى وصبيًّا يطيقُ الذَّكاةَ، ولو غيرَ مميِّزٍ ومجنونٍ وسكرانَ ذبحًا أو عقرًا، نعَمْ ذبْحُ الأعمى مكروهٌ وعقْرُه بنحوِ رمْيِ سهمٍ كصيدِه بإرسالِ نحْوِ كلبٍ حرامٌ، بخلافِ البصيرِ في ظلمةٍ وما اقتضاه هذا الإطلاقُ من حلِّ عقرِ غيرِ المُميِّزِ مِن نحْوِ صبيٍّ أو مجنونٍ بنحْوِ الرَّمي بسهمٍ، ومثْلُه اصطيادُه بالجارحةِ هو ما صحَّحَه في «المجموعِ»[2] قال: أمَّا المُميِّزُ فيحِلُّ اصطيادُه قطعًا أي: برمْيٍ أو جارحةٍ، لكن الذي اقتَضَاه كلامُ «أصْلِ الرَّوضةِ»[3] وجزمَ به في «الرَّوضِ»[4] عدمُ الحلِّ.

(**وَلَا تَحِلُّ ذَكَاةُ مَجُوسِيٍّ وَلَا وَثَنِيٍّ**) ولا كتابيٍّ لا تحِلُّ مناكحةُ أهلِ ملَّتِه ذبحًا ولا عقرًا، ولو شارَكَ أحدٌ منهم مسلمًا أو كتابيًّا تحِلُّ مناكحتُه في ذبحٍ أو عقرٍ أوِ اصطيادٍ حرُمَ.

(**وَذَكَاةُ الْجَنِينِ**) تحصُلُ (**بِذَكَاةِ أُمِّهِ**) فإذا وُجِدَ ببطنِها بعدَ ذبْحِها ميتًا أو حيًّا حركَتُه حركةُ مذبوحٍ، بخلافِ ما إذا بقِيَ بها يضطرِبُ زمنًا طويلًا حلَّ، وإن خرَجَ بعضُه حيًّا حياةً مستقرَّةً فذبحَتْ قبلَ انفصالِه وشمِلَ ذكاةَ أمِّهِ غيرَ المقدورةِ، وهو ظاهرٌ (**إِلَّا أَنْ يُوجَدَ**) بعدَ ذبْحِها (**حَيًّا**) حياةً مستقرَّةً (**فَيُذَكَّى**) فلا يحِلُّ إلَّا بالتَّذكيةِ.

---

(١) في (ج): «كمحدود».
(٢) «المجموع شرح المهذب» (٩/ ٧٧).
(٣) «الشرح الكبير» (١٢/ ٧).
(٤) «روض الطالب» (١/ ٤٤٢).

(وَمَا) أي: وأي جزءٍ **(قُطِعَ)** أوِ انفصَلَ بدونِ قطعٍ **(مِنْ حَيٍّ فَهُوَ مَيْتٌ)** أي: له وما عليه مِن نحْوِ شعرٍ وريشٍ حُكمُ ميتةِ ذلكَ الحيِّ طهارةً ونجاسةً، فيدُ الآدميِّ طاهرةٌ وإليةُ الخَروفِ نجسةٌ، نعَمْ فأرةُ المِسكِ المُنفصلةُ في الحياة طاهرةٌ كالمِسكِ بها.

(إِلَّا الشُّعُورَ) والأصوافَ والأوبارَ والأرياشَ المُنفصلةَ مِن الحيواناتِ المأكولةِ **(المُنتَفَعَ بِهَا فِي الْمَفَارِشِ وَالْمَلَابِسِ وَنَحْوِهِ[1])** أي: نحوِ ما ذُكِرَ مِن المفارشِ والملابسِ، فإنَّها طاهرةٌ، وإفرادُ الضَّميرِ على المعنى كما تفردُ الإشارةَ في قولِكَ وغيرَ ذلكَ سائغٌ، ومنه قولُه تعالى: ﴿لَوْ أَنَّ لَهُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا وَمِثْلَهُۥ مَعَهُۥ لَٱفْتَدَوْا۟ بِهِۦٓ﴾[2]، ذكَرَ ذلكَ ابنُ هشامٍ.

ولو شكَّ في الشُّعورِ ونحْوِها وإن كانت ملقاةً بالأرضِ هلِ انفصلَتْ مِن حيٍّ أو ميِّتٍ، أو هل هي مِن مأكولٍ أو غيرِه، أو في طهارةِ نحْوِ الألبانِ أوِ العِظامِ المُلقاةِ حُكِمَ بطَهارتِها؛ لأنَّها الأصلُ، بخلافِ ما لو شكَّ في شاةٍ مذبوحةٍ مُلقاةٍ، أو في قطعةِ لَحمٍ في إناءٍ، فتحرُمُ ما لم تكُنْ بمَحلٍّ يغلُبُ فيه مَن تحِلُّ ذكاتُه؛ إذِ العادةُ حفْظُ الحَلالِ مِن ذلكَ، أمَّا قطعةُ لَحمٍ مُلقاةٌ فتحرُمُ قطعًا.



---

(١) في (ج): «ونحوها».

(٢) سورة الرعد: ١٨.

(فَصْلٌ)
فِي بَيَانِ مَا يَحِلُّ وَمَا يَحْرُمُ مِنَ الْحَيَوَانِ وَمَا يَحِلُّ لِلْمُضْطَرِّ

والحيوانُ قسمانِ:

* قسْـمٌ بحرِيٌّ وهـو ما لا يعيـشُ إلَّا في البحرِ، وهو حلالٌ بـأيِّ صورةٍ كان ككلـبٍ وحمـارٍ، بخلافِ ما يعيـشُ في البرِّ والبحـرِ، فإن كان بصـورةِ المأكولِ كالغنمِ حلَّ، وإلَّا فلا.

* وبـرِّيٌّ وهو مـا ذكره بقولِـه: (**وَكُلُّ حَيَوَانٍ اسْـتَطَابَتْهُ الْعَرَبُ**) أهلُ اليَسـارِ والطِّباعِ السَّـليمةِ السَّـاكنون بالبلدانِ والقُرى في حالِ الرَّفاهيَّةِ بشـرطِ ألَّا تغلِبَ عليهم العِيافَةُ النَّاشئةُ عنِ التَّنعُّم؛ أي: عدَّتْه طيِّبًا، فلا اعتبارَ بسُكَّان البوادِي الَّذين يأكُلون ما دبَّ ودرَجَ (**فَهُوَ حَلالٌ**)، ويُمكِنُ تعميمُ هذا لحيوانِ البحرِ أيضًا.

(**إِلَّا مَا وَرَدَ الشَّرْعُ بِتَحْرِيمِهِ**) بأن دلَّ عليه بصريحِه، أو بالاستنباطِ منه؛ فيحرُمُ ولـو فُرِضَ اسـتطابتُهم إيَّاه، وقد يُجعَلُ الاسـتِثناءُ مُنقطِعًا وذلـكَ كبغلٍ وحمارٍ أهلِيٍّ وهِرَّةٍ وحشـيَّةٍ أو أهليَّةٍ وَرَخَمَةٍ وَبُغَاثَةٍ وفأرَةٍ وَحِدَأَةٍ وغُرابٍ أبقَعَ وغُرابٍ جبلِـيٍّ، وهـو الغُدافُ الكبيـرُ؛ لأنَّه لا يسـكُنُ إلَّا الجبـالَ، وَالْعَقْعَـقِ، وهو ذو لونيْنِ أبيضَ وأسـودَ طويلُ الذَّنَبِ قصيرُ الجناحِ، صوتُه العَقْعَقَةُ، وكذا الغُدافِ الصَّغيرِ، وهو أسـودُ أو رمادِيٌّ على ما في «أصلِ الرَّوضةِ»[1]، لكنَّه اعترضَ، بل قال الإِسْنَوِيُّ: إنَّه غلطٌ، وسيأتِي حِلُّ غُرابِ الزَّرعِ.

(**وَكُلُّ حَيَوَانٍ اسْـتَخْبَثَتْهُ الْعَـرَبُ**) المَوصوفونَ بما ذُكِر أي: عدَّته خبيثًا (**فَهُوَ حَرَامٌ**) كالحشـراتِ كحيَّةٍ وَضُفْدَعٍ (**إِلَّا مَا وَرَدَ الشَّـرْعُ بِإِبَاحَتِهِ**) نصًّا أوِ استنباطًا

(١) «الشرح الكبير» (١٢/ ١٣٦).

فهـو حلالٌ ولـو فُرِضَ اسـتخباثُهم إيَّاه، وقد يُجعـلُ الاسـتِثناءُ منقطعًا، وذلكَ كالأنعـامِ والخيلِ وبقرِ وحـشٍ وحِمارِهِ وظَبـيٍ وضَبٍّ وأرنبٍ وَقُنْفُذٍ وَسَـمُّورٍ وَسِـنْجَابٍ وَنَعَامَةٍ وكَرْكِيٍّ وغُرابِ زرعٍ، وهو أسـودُ صغيرٌ يقالُ له: الزَّاغُ، وقد يكـونُ مُحْمَرُّ المِنْقَارِ والرِّجليْنِ، وما تولَّدَ بينَ مأكوليْنِ كخيلٍ وحمارٍ وحشِـيٍّ، بخلافِ ما تولَّدَ بينَ مأكولٍ وغيرِه فهو حرامٌ.

قال ابنُ الصَّبَّاغِ: ولوِ اشتبَه حيوانٌ فلم يُدْرَ مِمَّ تولَّدَ، فالاختيارُ أَلَّا يُؤكَلَ، فإن أُريدَ أكْلُه رُجِعَ إلى خلْقَتِه، فإن أشبَهَ ما يحِلُّ حلَّ أو ما يحرُمُ حرُمُ.

وفي «تعليـقِ البغوِيِّ» وذَكَرَ القاضي نحْوَه وجَرَى عليه في «الأنوارِ»[1]: أنَّه لو وَلَدَتْ شـاةٌ شـبْهَ كلبٍ ولم يُعلَمْ أنَّه نَزَى عليها حَلَّ؛ إذ قد يحصُلُ الخلْقُ على خلافِ صورةِ الأصلِ، قال: والوَرعُ أَلَّا يُؤكَلَ. انْتَهى.

ويُسـتبعَدُ الحِلُّ لو ولَدَتْ شـبْهَ آدميٍّ ولم يُعلَمْ أنَّه نـزَى عليها ويدِقُّ الفرْقُ، وتحِلُّ شاةٌ تربَّتْ بلبنِ كلبةٍ.

وفي «فتاوى البغوِيِّ»: أنَّه يحِلُّ شـرْبُ لبنِ فرسٍ ولدَتْ بغلًا؛ لأنَّه جزءٌ منها، وإن كان الفحْلُ حمارًا.

والحاصِلُ أنَّ ما دلَّ الشَّـرعُ صريحًا أوِ استنباطًا على حلِّه أو حرمتِه فلا كلامَ فيه، وما لم يدُلَّ فيه على شيءٍ مِن ذلكَ يُرجَعُ فيه للعَربِ المذكورين، فيحِلُّ ما استطابُوه ويحرُمُ ما استخبَثُوه، فإنِ اختَلَفُوا قال الشَّيخانِ: ولا ترجيحَ[2]. انْتَهى.

ولعلَّ مِن أسبابِه الكثرةُ، أو شكُّوا أو لم نجدْهم ولا غيرَهم مِن العربِ اعتُبِرَ

---

(١) «الأنوار» (٣/ ٤٣٠).

(٢) «الشرح الكبير» (١٢/ ١٤٧)، و«روضة الطالبين» (٣/ ٢٧٦).

بأقربِ الحيوانِ شبهًا به صورةً أو طبعًا أو طعمًا، فإنِ استوى شبهانِ أو لم نجِدْ ما يشبِهُه حلَّ.

قال الزَّرْكَشِيُّ: وكلامُهم يقتَضِي أنَّه لا بدَّ من إخبارِ جمعٍ[(١)].

والظَّاهـرُ الاكتفاءُ بخبَرِ عدليْنِ، ويُرجَعُ في كلِّ زمنٍ إلى العَربِ المَوجودينَ فيه ما لم يسـبقْ فيه كلامٌ للعربِ الَّذين كانوا في عهْدِه ﷺ فمَن بعدَه، فإنَّ ذلكَ استقَرَّ حالُه وعُرِفَ أمْرُه.

وممَّا وردَ الشَّرعُ بتحريمِه ما ذكَرَه بقولِه: (**وَيَحْرُمُ مِنَ السِّباعِ مَا لَهُ نَابٌ قويٌّ يَعْـدُو بِـهِ**) على غيرِه؛ للنَّهيِ عنـه في خبَرِ الصَّحيحينِ[(٢)]؛ ككلبٍ وأسـدٍ وذئبٍ ونمِرٍ ودُبٍّ وقرْدٍ وفيلٍ ووَشقٍ، بخلافِ ما نابُه ضعيفٌ كالضَّبعِ والثَّعلبِ.

وبقولِه: (**وَيَحْرُمُ مِنَ الطُّيُورِ مَا لَهُ مِخْلَبٌ**) بكسرِ الميمِ وسكونِ الخاءِ، وهو للطَّيرِ كالظُّفرِ للإنسانِ، (**قَوِيٌّ يَجْرَحُ بِهِ**) كالصَّقرِ والنِّسرِ، بخلافِ ما له مِخْلبٌ ضعيفٌ كالحمامِ وغُرابِ الزَّرعِ.

(**ويَحِلُّ لِلْمُضْطَرِّ**) وغيرِ العاصِي بسفرِه وما ألحقَ به والمشرِفِ على المَوتِ بحيـثُ لا يعيـشُ وإن أكَلَ، وهـو مَن لم يجِـدْ حلالًا وخافَ مِـن الجوعِ تلَفَ نفْسِه أو مبيحَ تيمُّمٍ أو ضعفًا ينقطِعُ به عنِ الرُّفْقةِ ويضيعُ، أو عِيلَ صبْرُه وجهَدَه الجوعُ، قال في «أصل الرَّوضة»[(٣)]: ولا يُشـتَرطُ فيما يخافُ منه تيقُّنُ وقوعِه لو لم يأكُلْ، بل يكْفِي غلبةُ الظَّنِّ. انْتَهى.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (١/ ٥٦٦).

(٢) «صحيح البخاري» (٥٥٣٠)، و«صحيح مسلم» (١٩٣٢) من حديث أبي ثعلبة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) «الشرح الكبير» (١٢/ ١٥٩).

لكن حَكى الإمامُ عن صريحِ كلامِهم الاكتفاءَ بتجويزِ تلَفِ نفْسِه وسلامَتِها على السَّواءِ، فإن أجْرَى ذلكَ في غيرِ تلَفِ النَّفسِ ممَّا ذُكِرَ كما هو القياسُ سقَطَ اعتبارُ غلَبَةِ الظَّنِّ رأسًا، وقضيَّةُ قولِهم: ويضيعُ، أنَّه لا يكْفِي مُجرَّدُ الوحشةِ وهو متَّجِهٌ.

وقولُه: (فِي) زمانِ (المَخْمَصَةِ) أي: المَجاعةِ جَرَى على الغالبِ؛ إذ لا يتقيَّدُ الحِلُّ بذلكَ (أَنْ يَأْكُلَ مِنَ المَيْتَةِ) ولو ميتةَ مسلمٍ غيرِ نبيٍّ بالنِّسبةِ لمسلمٍ لم يجِدْ غيْرَها، سواءٌ ميتةُ ما هو طاهرٌ في حياتِه؛ كالحمارِ والشَّاةِ، وميتةُ ما هو نجسٌ في حياتِه كالكلْبِ والخِنزيرِ، لكن يمتنِعُ الأكْلُ مِن الثَّانيةِ مع وجودِ الأُولى، ويتعيَّنُ في ميتةِ الآدمِيِّ المُحترمِ أكْلُهَا نِيئَةً إن أمكَنَ ذلكَ، فيمتنِعُ طبْخُها وشيُّها، ويتخيَّرُ في ميتةِ غيْرِه.

(المُحَرَّمَةِ) في الاختيارِ (مَا) أي: قدْرًا (يَسُدُّ) أكْلُه (رَمَقَهُ) بل يلزَمُه ذلكَ، والحِلُّ لا ينافِيه، ويحرُمُ عليه أن يشبَعَ إلَّا أن يخافَ محذورَ تيمُّمٍ لوِ اقتصَرَ على ما يسُدُّ رمَقَه، أو يتوقَّفُ قطْعُه لباديةٍ مهلكةٍ على الشِّبعِ، فيلزَمُه الشِّبعُ بأن يتناوَلَ ما يكسِرُ سورةَ الجوعِ، لا بألَّا يجِدَ للطَّعامِ مساغًا.

قال الإِسْنَوِيُّ[1] ومَنْ تبِعَه: والرَّمقُ بقيَّةُ الرُّوحِ كما قاله جماعةٌ، وقال بعضُهم: إنَّه القِوَى، وبذلكَ ظهَرَ لكَ أنَّ السدَّ المذكورَ بالشِّينِ المعجمةِ لا بالمهملةِ، وقال الأَذْرَعِيُّ[2] وغيرُه: الذي نحفَظُه أنَّه بالمُهملةِ، وهو كذلكَ في الكُتُبِ أي: والمعنى عليه صحيحٌ؛ لأنَّ المُرادَ سدُّ الخَللِ الحاصِلِ في ذلكَ بسببِ الجوعِ.

(١) «المهمات» (٩/ ٧٠).

(٢) «قوت المحتاج» (١٠/ ١٨٤).

(وَمَيْتَتَانِ) طاهرتانِ (حَلَالَانِ: السَّمَكُ، وَالجَرَادُ) والمُرادُ بالسَّمكِ: كلُّ ما لا يعيشُ إلَّا في الماءِ وإن لم يكُنْ بصورةِ السَّمكِ المشهورةِ؛ ككلبٍ وحمارٍ، نعَمْ إنِ انتفَخَ الطَّافي بحيثُ يُخشَى أن يورِثَ الأسقامَ حرُمَ للضَّرورةِ، أو وجدَ سمكةً متغيِّرةً في جوفِ سمكةٍ كبيرةٍ حرُمَتْ؛ لأنَّها صارَتْ كالرَّوثِ والقيْءِ، بخلافِ ما إذا لم تتغيَّرْ.

ويحِلُّ أكْلُ مَشْوِيِّ صِغَارِهِ بِرَوْثِهِ وإن كُرِهَ، ومثْلُه الجَرادُ، ولا ينجُسُ به الدُّهنُ، قال الزَّرْكَشِيُّ: ولو شَوَى نحْوَ عصفورٍ قبلَ إخراجِ ما فيه، فالقياسُ أنَّه لا يلحَقُ بصغارِ السَّمكِ. انْتَهى.

ويحِلُّ ابتلاعُ سمكةٍ أو جرادةٍ حيَّةٍ كما صحَّحَه في «الرَّوضِ»[1]. قال القَمُولِيُّ: ولا فرْقَ بينَ أن يكونَ في بطْنِها روثٌ وأن لا.

قال الزَّرْكَشِيُّ: ولعلَّ سببَه أنَّ الحياةَ تمنَعُ مِن النَّظرِ إلى ما في جوْفِه، ويشهَدُ له صحَّةُ صلاةِ حاملِ الحيِّ دونَ المُذكَّى. انْتَهى.

وهذا يفيدُ حِلَّ ابتلاعِ كبيرِ السَّمكِ حيًّا مع روثِه، بخلافِه بعدَ موتِه كما هو حاصلُ ما اعتمدَه في «الرَّوضةِ»[2]، وحُكِيَ عنها في «شرحِ الرَّوضِ»[3] أنَّ مثْلَه الجرادُ في ذلكَ، وفيه نظرٌ، فإنَّ عبارَتَها لا تفيدُ ذلكَ كما يُعلَمُ بمراجعتِها، والفرْقُ بينَه وبينَ الجرادِ ظاهرٌ، فإنَّ عيشَ السَّمكِ في البرِّ عيشُ مذبوحٍ.

(وَدَمَانِ) طاهرانِ (حَلَالَانِ: الْكَبِدُ) بفتحِ أوَّلِه وكسرِ ثانيه، وبفتحِ أوَّلِهِ أو كسْرِه مع سكونِ ثانيه، وينبَغِي جوازُ كسْرِ أوَّلَيْه، (وَالطِّحَالُ) بكسرِ الطَّاءِ.

---

(١) «روض الطالب» (١/ ٤٤٢). (٢) «روضة الطالبين» (٣/ ٢٣٩).

(٣) «أسنى المطالب» (١/ ٥٥٣).

(فَصْلٌ)
فِي بَيَانِ الأُضْحِيَةِ

(**الأُضْحِيَةُ**)[1] بضمِّ الهَمزةِ وكسْرِها مع تخفيفِ الياءِ وتشديدِها، وجمْعُها: أضاحي بتشديدِ الياءِ وتخفيفِها: ما يُذبَحُ مِن النَّعَمِ تقرُّبًا إلى اللهِ تعالى في الوقْتِ الآتي؛ أي: من حيثُ ذبْحُها في الوقتِ المذكورِ، أو يقدَّرُ مضافٌ إليها أي: ذبحٌ، أو يرادُ بها التَّضحيةُ.

(**سُنَّةٌ**) مؤكَّدةٌ لمُسلمٍ، حُرٍّ كلِّه أو بعضِه، مكلَّفٍ غيرِ محجورٍ عليه بسفَهٍ، وكذا بفلَسٍ كما هو ظاهرٌ، قادرٍ بأن يجِدَ ما يُسَنُّ له التَّصدُّقُ معَه، وحيثُ سُنَّتْ كُرِهَ تَرْكُها ولزِمَتْ بالنَّذرِ، وكذا بنحْوِ: «جعَلْتُها أضحيةً».

وللأبِ والجَدِّ دونَ غيرِهما التَّضحيةُ مِن مالِهما عن مُوليهما حيثُ كان موجودًا عندَ دخولِ وقْتِها كما قاله البُلقينيُّ، قال: أخذًا ممَّا في الفِطْرةِ، ومن قولِهم: لا يُضحِّي عمَّا في البطنِ كما لا يُخرِجُ عنه الفطرةَ، فمن كان حملًا ذلكَ الوقْتَ ثُمَّ انفصَلَ بعدَه في يومِ النَّحرِ أو بعدَه لم يتعلَّقْ به سنَّةُ الأضحيةِ.

(**ويُجْزِئُ فِيهَا**) أي: في الأضحيةِ (**الجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ**) وهو ما له سنَةٌ تامَّةٌ، نعَمْ إن أجذَعَ أي: أسقَطَ سِنَّه قبْلَها أجزأَ كما لو تمَّتْ قبل أن يجذَعَ.

(**والثَّنِيُّ مِنَ المَعْزِ**) وهو ما تمَّ له سنتانِ، (**وَ**) مِن (**الإِبِلِ**) ما تمَّ له خمْسُ سنينَ، (**وَ**) مِن (**الْبَقَرِ**) وهو ما تمَّ له سنتانِ، وكالجَذَعِ والثنِيِّ الجذعَةُ والثَّنِيةُ، وقد يُجعَلُ الموصوفُ ما يصدُقُ عليهما فيشمَلُهما الجذَعُ والثَّنِيُّ.

وخرَجَ غيرُ الجَذعِ والثَّنيِّ ممَّا ذُكِرَ، فلا يُجزِئُ (**وتُجْزِئُ الْبَدَنَةُ**) أي: الواحِدُ

---

(١) في (ش)، (هـ): «والأضحية».

من الإبلِ، ذكرًا كان أو أُنثى (عَنْ سَبْعَةٍ) أي: سبعةِ أشخاصٍ، أو سبعةِ بُيوتٍ، وإن أرادَ بعضُهم الأضحيةَ وبعضُهم غيرَها من القُرَبِ أو مُجرَّدَ اللَّحمِ، ولهم قسمةُ اللَّحمِ نِيئًا بناءً على أنَّ قسمتَه إفرازٌ، وهو ما اقتَضَاه كلامُ «الرَّوضةِ»[١] و«أصلِها»[٢]، وصحَّحَه في «المجموعِ»[٣]، وكأنَّ تقييدَ اللَّحمِ بكونِه نِيئًا؛ لأنَّ المطبوخَ يصيرُ متقوَّمًا، ويظهَرُ فيما لو قصَدَ السَّبعةُ الأضحيةَ وجوبُ التَّصدُّقِ من حصَّةِ كلٍّ؛ لأنَّها بمنزلةِ سَبْعِ أضاحٍ، ولو كان أحدُهُم ذمِّيًّا لم يقدَحْ فيما قصَدَه غيرُه من أضحيةٍ أو غيرِها.

(وَ) تُجزِئُ (الْبَقَرَةُ) ذكرًا كان أو أُنثى (عَنْ سَبْعَةٍ) على ما تقرَّرَ في البدَنَةِ، (وَ) تُجزِئُ (الشَّاةُ) أي: الجَذَعةُ مِن الضَّأنِ والثَّنيُّ مِن المَعزِ، ذكرًا كان أو أُنثى (عَنْ وَاحِدٍ) عنه، أو عنه وعن أهل بيتِه كما قالَه في «الرَّوضةِ»[٤] و«أصلِها»[٥] إذا ضحَّى بها واحدٌ عن أهلِ بيتٍ تأدَّى الشِّعار والسُّنَّةُ لجميعِهم[٦] انْتَهى.

والأفضَلُ سبْعُ شياهٍ ثُمَّ بدَنَةٌ ثُمَّ بقَرةٌ ثُمَّ ضأنٌ ثُمَّ معزٌ، وشاةٌ أفضَلُ من مشاركةٍ في بدَنَةٍ أو بقرةٍ؛ للانفرادِ بإراقةِ الدَّمِ، وظاهرُه وإن شارَكَه بأكثَرَ من سبعةٍ كستَّةِ أسباعِه، ويظهَرُ في سبعِ شياهٍ وجوبُ التَّصدُّقِ من كلٍّ؛ لأنَّ كلًّا أضحيةٌ، وفيما لو ضحَّى بأكثَرَ من سبعٍ أو بأكثَرَ من بدنةٍ أو بقرةٍ وقوعُ الجميعِ أضحيةً ووجوبُ التَّصدُّقِ من كلٍّ.

ولوِ اشتَرَكَ اثنانِ في شاتيْنِ لم يجْزِ عن واحدٍ منهما، أو جماعةٌ ظنُّوا أنَّهم سبعةٌ في بدَنةٍ فبانُوا ثمانيةً، قال الْبَنْدَنِيجِيُّ: فالَّذي يقتَضِيه المذهبُ أنَّها لا

---

(١) «روضة الطالبين» (٣/ ١٩٨).

(٢) «الشرح الكبير» (١٢/ ٧٠).

(٣) «المجموع شرح المهذب» (٨/ ٤٢٢).

(٤) «روضة الطالبين» (٣/ ١٩٨).

(٥) «الشرح الكبير» (١٢/ ٦٩- ٧٠).

(٦) في (ش): «ولجميعهم».

تُجزِئهُم أضحيةً. ولو ضحَّى ببدنةٍ أو بقرةٍ عن شاةٍ واجبةٍ فما زادَ عن السُّبعِ له حكمُ أضحيةِ التَّطوُّعِ.

(**وَأَرْبَعٌ**) مِن المذكوراتِ (**لَا تُجْزِئُ فِي الْأَضَاحِي**):

(١) (**العَوْرَاءُ الْبَيِّنُ عَوَرُهَا**) وهو ذهابُ ضوءِ أحدِ العينيْنِ، فذهابُ ضوْئِهما أَوْلى، وخرَجَ بالبيِّنِ العمشاءُ، وهي ضعيفةُ البصرِ مع سيلانِ الدَّمعِ غالبًا، والعَشْواءُ وهي التي لا تبصِرُ ليلًا؛ لأنَّها تبصِرُ وقْتَ الرَّعيِ، ويؤخَذُ منه أنَّها لو لم تبصِرْ وقْتَ الرَّعيِ لم تُجْزِ.

(٢) (**وَالعَرْجَاءُ**) وإن حدَثَ عرجُها تحتَ السِّكِّينِ (**البَيِّنُ عَرَجُهَا**) بأن تكونَ بحيثُ تسبِقُها الماشيةُ إلى الكلأِ الطَّيِّبِ وتتخلَّفُ عنها، بخلافِ اليسيرِ مِن ذلكَ.

(٣) (**وَالمَرِيضَةُ البَيِّنُ مَرَضُهَا**) وهو ما يوجِبُ الهُزالَ، بخلافِ اليسيرِ وهو ما لا يُوجِبُه.

(٤) (**وَالعَجْفَاءُ**) وهي (**الَّتِي ذَهَبَ مُخُّهَا**) بضمِّ الخاءِ، وهو ما في عظامِها (**مِنْ**) أجلِ شدَّةِ (**الهُزَالِ**)، بخلافِ ما إذا كان بها بعضُ هُزالٍ ولم يذهَبْ مخُّها، ولا تُجزِئُ الجرْباءُ وإن قلَّ جربُها.

(**وَيُجْزِئُ**) المكويُّ و(**الخَصِيُّ**) والمَوجوءُ[1] أي: المَرضوضُ عروقِ البَيضتيْنِ، (**وَ**) فاقدُ القرونِ، و(**الْمَكْسُورُ الْقَرْنِ**) ما لم يتعيَّبْ اللَّحمُ بكسْرِه وإن كان ذو القرنِ أَوْلى، والذَّاهبُ بعضِ الأسنانِ، بخلافِ الذَّاهبِ الكلِّ؛ لأنَّ ذلكَ يؤثِّرُ في الاعتلافِ ونقْصِ اللَّحمِ، وقضيَّةُ هذا التَّعليلِ أنَّ ذهابَ البعضِ لو أثَّرَ ذلكَ ضَرَّ.

---

(١) في (ع): «والمرخو».

(**وَلَا يُجْزِئُ**) الفاقِدُ الأذنِ خلقةً، ولا (**الْمَقْطُوعُ الْأُذُنِ**) كلًّا أو بعضًا، بخلافِ المَشْقوقِها والمَخْروقِها والمَثْقوبِها، حيثُ لم يذهَبْ منها شيءٌ، وسكَتُوا عن فقْدِ بعضِ الأُذنِ خِلقةً، (**وَ**) لا المَقطوعُ (**الذَّنَبِ**) أوِ الإليةِ أوِ الضَّرعِ كذلكَ، بخلافِ فاقدِ ذلكَ.

ولا يُجزِئُ المَقطوعُ بعضِ اللِّسانِ، ولا يضُرُّ قطْعُ قُلْفةٍ يَسيرةٍ مِن عضوٍ كبيرٍ كفخِذٍ.

(**وَوَقْتُ**) إجزاءِ (**الذَّبْحِ**) عنِ التَّضحيةِ مُبتدأٌ (**مِن**) مُضِيِّ قدْرِ (**وَقْتِ**) أقلِّ مُجزئٍ مِن (**صَلَاةِ الْعِيدِ**) وخطبتيْهِ مِن دخولِ وقْتِها بأن تطلُعَ الشَّمسُ ويمضِي ما يسَعُ الأقلَّ المذكورَ وإن لم يُفعَلْ، ويستمِرُّ (**إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ مِنْ آخِرِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ**) الثَّلاثةِ بعدَ يومِ العيدِ، سواءٌ في ذلكَ اللَّيلُ والنَّهارُ، وإن كُرِهَ الذَّبحُ ليلًا في الأضحيةِ وغيرِها.

(**وَيُسْتَحَبُّ عِنْدَ الذَّبْحِ**) ولو مِن نحوِ حائضٍ (**خَمْسَةُ أَشْيَاءَ**):

(١) (**التَّسْمِيَةُ**) بأن يقولَ: «باسمِ اللهِ»، ولا يجوزُ أن يقولَ: «باسمِ محمَّدٍ»، ولا «باسمِ اللهِ» و«اسمِ محمَّدٍ»، ولا «باسمِ اللهِ ومحمَّدٍ رسولِ اللهِ» بالجَرِّ؛ لِما فيه مِن التَّشريكِ، نعَمْ إن أرادَ: «أذبَحُ باسمِ اللهِ وأتبَرَّكُ باسمِ محمَّدٍ» فينبَغِي كما قال الشَّيخانِ[1] ألَّا يحرُمَ، ويُحمَلُ إطلاقُ مَن نَفَى الجوازَ عنه على أنَّه مكروهٌ؛ لأنَّ المكروهَ يصِحُّ نفْيُ الجوازِ المُطلقِ عنه.

ولو قال: «باسمِ اللهِ واسمُ محمَّدٍ» بالرَّفعِ لم يحرُمْ، بل ولم يُكرَهْ كما بُحِثَ.

(٢) (**وَالصَّلَاةُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ**) عقِبَ التَّسميةِ، ويُكرَهُ تعمُّدُ ترْكِ التَّسميةِ

---

(١) «الشرح الكبير» (١٢/ ٨٥)، و«روضة الطالبين» (٣/ ٢٠٦).

وكذا الصَّلاةُ على النَّبيِّ ﷺ كما في «الرَّوضِ»[١].

(٣) (**وَاسْتِقْبَالُ الْقِبْلَةِ بِالذَّبِيحَةِ**) بأن يُوَجِّهُ مَذْبَحَهَا إليها، ويُسَنُّ استقبالُ الذَّابحِ أيضًا.

(٤) (**وَالتَّكْبِيرُ**) قبلَ التَّسميةِ وبعدَ التَّسميةِ، والصَّلاةُ على النَّبيِّ ﷺ ثلاثًا، فيقولُ: «اللهُ أكبرُ اللهُ أكبرُ اللهُ أكبرُ»، ويزيدُ بعدَ الثَّالثةِ: «وللهِ الحمْدُ»، وينبَغِي حصولُ أصْلِ سنَّةِ التَّكبيرِ بمرَّةٍ، بل نازَعَ الأَذْرَعِيُّ[٢] في طلَبِ التَّثليثِ أخذًا من حديثِ مُسلِمٍ[٣] أنَّه ﷺ قال: «**بِاسْمِ اللهِ وَاللهُ أَكْبَرُ**»، وقد يؤخَذُ منه المنازعةُ أيضًا في طلَبِ الصَّلاةِ وكونِها قبلَ التَّكبيرِ الذي اقتَضاه كلامُهم واستظهَره في «شرحِ الرَّوضِ»[٤].

(٥) (**وَالدُّعَاءُ بِالْقَبُولِ**) فيقولُ بعدَ التَّسميةِ والصَّلاةِ على النَّبيِّ ﷺ والتَّكبيرِ: «اللَّهمَّ هذا منْكَ وإليكَ فتقبَّلْ منِّي».

وهذه السُّننُ جاريةٌ في غيرِ الأضحيةِ أيضًا إلَّا التَّكبيرَ، فإنَّه خاصٌّ بالأضحيةِ كما نُقِلَ عنِ النَّصِّ وصرَّحَ به المَاوَرْدِيُّ حيثُ قال: ويختارُ في الأضحيةِ خاصَّةً أن يكبِّرَ قبلَ التَّسميةِ وبعدَها ثلاثًا؛ لأنَّها في أيَّامِ التَّكبيرِ ثُمَّ يختِمُ بالتَّحميدِ، وقضيَّةُ تعليلِه ندْبُ التَّكبيرِ مع غيرِ الأضحيةِ إذا وقَعَ في أيامِ التَّكبيرِ، إلَّا أن يريدَ بأنَّها في أيَّامِ التَّكبيرِ: أنَّ مشروعيَّتَها خاصَّةٌ بها، وتجِبُ النِّيَّةُ عندَ الذَّبحِ، أو نحْوِ إفرازِها قبْلَه، أو عندَ الدَّفعِ عندَ الوكيلِ أو ذبْحِه.

(**وَلَا يَأْكُلُ**) أي: لا يجوزُ له أكْلُ شيءٍ (**مِنَ الْأُضْحِيَةِ الْمَنْذُورَةِ**) ابتداءً، أو عمَّا في ذمَّتِه كأنْ قال: «لله عليَّ» أو «إن شَفَى اللهُ مَريضي فللَّهِ عليَّ أن أضحِّيَ

---

(١) «روض الطالب» (١/ ٤٢٩).

(٢) «قوت المحتاج» (١٠/ ٣١).

(٣) «صحيح مسلم» (١٩٦٦).

(٤) «أسنى المطالب» (١/ ٥٤١).

بهذه الشَاةِ» أو «بشاةٍ» أو «للهِ عليَّ أن أضحِّيَ بهذه عمَّا في ذمَّتِي» ثُمَّ ذبَحَ الشَّاةَ، أو شاةً عمَّا في ذمَّتِه بعدَ تعيينِها عنه أو بدونِه.

وكالمنذورةِ: ما لو قال: «جعَلْتُ هذه أضحيةً»، فإن أكَلَ شـيئًا ممَّا ذُكِرَ غَرِمَ قيمتَـه بناءً علـى أنَّ اللَّحمَ متقوَّمٌ، فإن قلْنا بالأصحِّ أنَّه مثلِـيٌّ غَرِمَ مثْلَه، أو أكَلَ جميعَه، لزِمَه ذبْحُ أُخرى.

(**وَيَأْكُلُ**) المُضحِّي عن نفسِه ندبًا (**مِنَ**) الأضحيةِ (**الْمُتَطَوَّعِ بِهَا**) أي: بعضِها (**وَلَا**) يأكُلُ جميعَها لوجوبِ التَّصدُّقِ ببعضِها كما سيأتِي.

ولا (**يَبِيعُ**) أي: لا يجوزُ ولا يصِحُّ أن يبيعَ (**شَيْئًا مِنَ الْأُضْحِيَةِ**) المتطوَّعِ بها كجلْدِها وقرنِها، وكالبيعِ غيرُه من وُجوهِ التَّمليكِ، وله الانتفاعُ بجلْدِها واتِّخاذُ نحْوِ دلوٍ ونعلٍ منه، وله إعارتُه لا إجارتُه.

(**وَيُطْعِمُ الْفُقَرَاءَ وَالْمَسَاكِينَ**) مِن المسـلمينَ بالبلدِ بعضَهم من لحمِها نِيئًا فيملِكُونَـه ملْكًا مُطلقًا، والواجبُ إعطاءُ ما يقَعُ عليه الاسـمُ ولو لواحدٍ منهم، ولا يجـوزُ إعطاءُ نحْوِ الجلدِ ولا غيرِ النَّيءِ ولا القـدْرِ التَّافهِ، والأفضلُ إعطاءُ الجميـعِ إلَّا لقمًا يُتبرَّكُ بأكْلِها، فإنَّه سُـنَّةٌ، وله إعطاءُ الأغنياءِ لكن لا يتصرَّفُون فيه بغيرِ الأكْلِ.



(فَصْلٌ)
في العَقِيقَةِ

(وَالْعَقِيقَةُ) من حيثُ ذبْحُها (مُسْتَحَبَّةٌ) لأصلٍ تلزَمُه نفقةُ المولودِ بفرْضِ إعسارِهِ من مالِ نفْسِه لا مِن مالِ المولودِ إذا أيسَرَ بها في السَّبعةِ، بخلافِ ما إذا أيسَرَ بها بعدَ مدَّةِ النِّفاسِ، وفيما إذا أيسَرَ بعدَ السَّابعِ في مدَّةِ النِّفاسِ تردُّدٌ، وحيثُ استُحِبَّتْ له لم تفُتْ عليه حتَّى يبلُغَ الولَدُ، فإن بلَغَ حسُنَ أن يعُقَّ عن نفْسِه.

(وَهِيَ: الذَّبِيحَةُ عَنِ الْمَوْلُودِ) ذكرًا كان أو أنثى أو خُنثى، ويدخُلُ وقْتُها بولادتِه، لكن الأفضَلُ أن يذبَحَ (يَوْمَ سَابِعِهِ) أي: السَّابعِ مِن اليومِ الذي وُلِدَ فيه أو في ليلتِه وإن ماتَ قبْلَه كما صرَّحَ به في «شرحِ المهذَّبِ»[1] آخرَ البابِ، وإنِ اقتَضَى كلامُ «الرَّوضةِ»[2] و«أصلِها»[3] خلافه.

(عَنِ الْغُلَامِ) أي: الذَّكرِ (شَاتَانِ) متساويتانِ بصفةِ الأضحيةِ، وتُجزِئُ واحدةٌ أو سُبعُ بقرةٍ أو بدنةٍ، والتَّقييدُ بالشَّاتينِ؛ لأنَّه أقلُّ الكمالِ، وإلَّا فالزِّيادةُ عليهما أفضَلُ.

(وَعَنِ الْجَارِيَةِ) أي: الأُنثى (شَاةٌ) كذلكَ، أو سبعُ بدنةٍ أو بقرةٍ، وهذا أقلُّ ما يُجزِئُ مُطلقًا، وينبَغِي تفضيلُ الزِّيادةِ هنا أيضًا، والخُنثى كالأُنثى كما بحَثَه الإِسْنَوِيُّ، لكن في «البيانِ» أنَّه يُذبَحُ عنه شاتانِ، وهو الأَوْلى لأنَّه الاحتياطُ الذي هو قاعدةُ أمورِه.

---

(١) «المجموع شرح المهذب» (٨/ ٤٣١).

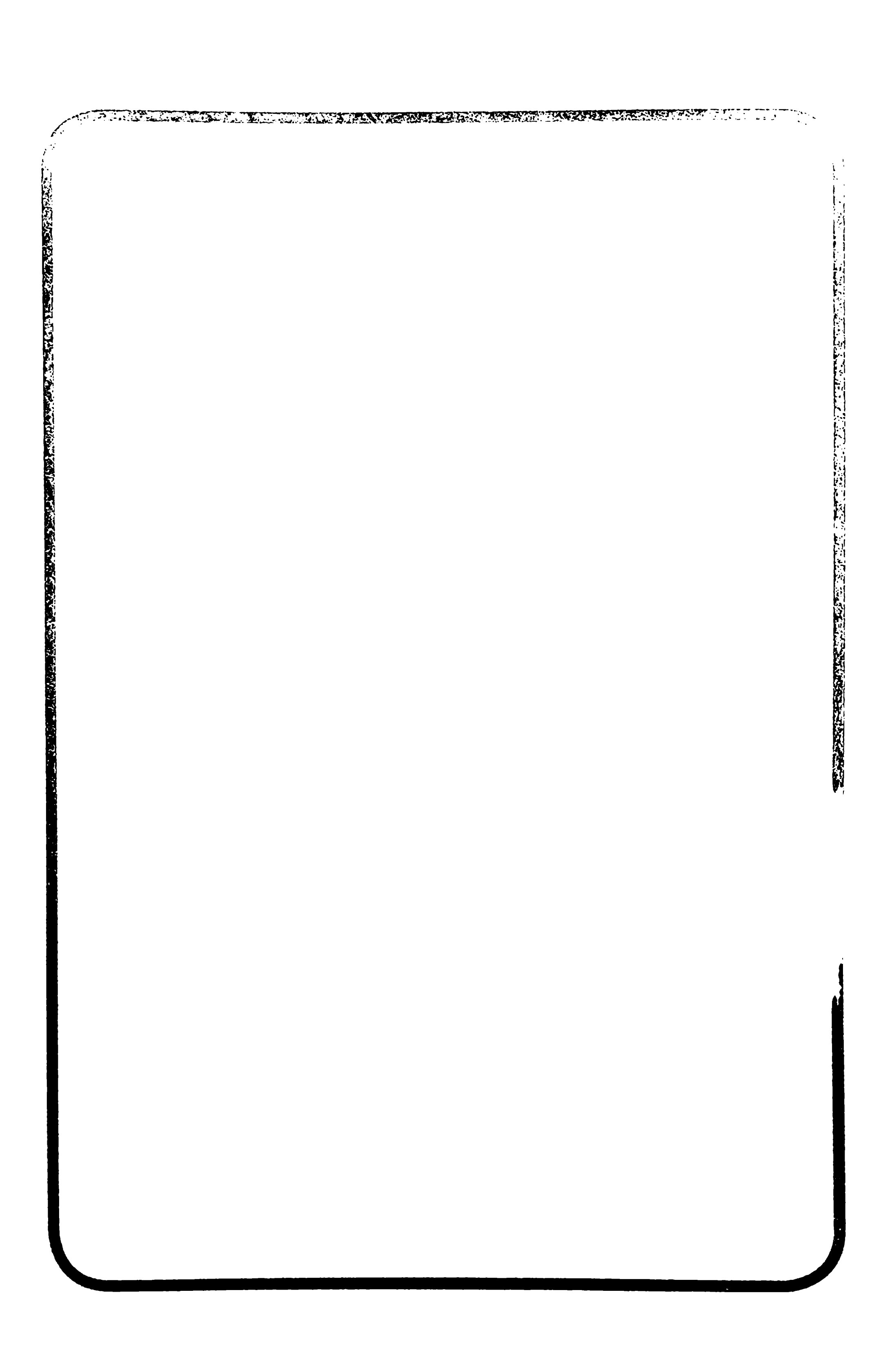
(٢) «روضة الطالبين» (٣/ ٢٢٩).

(٣) «الشرح الكبير» (١٢/ ١٧).

(**وَيُطْعِمُ**) منها (**الْفُقَرَاءَ وَالْمَسَاكِينَ**) أي: مِن المسلمينَ بالبلدِ أخذًا من قولِهم أنَّها كالأضحيةِ في سائرِ الأحكامِ، ومِن ثَمَّ كان الواجبُ إطعامَ ما يقعُ عليه الاسمُ ولو لواحدٍ، لكن لا يجبُ إعطاءُ النَّيءِ بل يُسَنُّ طبْخُها بحلوٍ، وحملُ لحمِها مطبوخًا مع مرقِه إلى الفقراءِ والمساكينِ أفضَلُ مِن دعائِهم إليها، وللأغنياءِ التَّصرُّفُ فيما يُهدَى إليهم منها بغيرِ الأكْلِ، بخلافِ الأضحيةِ كما تقدَّمَ.



(كِتَابُ السَّبْقِ وَالرَّمِي)



(كِتَابُ السَّبْقِ وَالرَّمْيِ)

بمعنى المُسابقةِ والمُناضلةِ الآتِي التَّعبيرُ بهما.

وهما سُـنَّةٌ للرِّجالِ المسـلمينَ، ويحِـلُّ أخْذُ العِوضِ عليهمـا على ما يأتِي بيانُهما.

(وَتَصِحُّ الْمُسَابَقَةُ عَلَى الدَّوَابِّ) كخَيلٍ وإبِـلٍ وفِيلٍ وبَغْـلٍ وحِمارٍ، ولو بعِـوضٍ مَعلـومٍ، لا على نحْوِ بَقـرٍ وطَيرٍ ومُصارعةٍ ومُشـابكةٍ بيدٍ بعِوضٍ، ولا على نحْوِ مناطحةِ كباشٍ، ومُهارَشةِ ديكةٍ ولو بلا عِوضٍ.

(وَ) تصِحُّ (الْمُنَاضَلَةُ بِالسِّهَامِ) العَربيَةِ والعَجميَّةِ ونحْوِها؛ كالمِسلاتِ والإبَرِ والرِّماحِ ولو بعِوضٍ، وإنَّما يصِحَّانِ (إِذَا كَانَتِ الْمَسَـافَةُ) التي تقَعُ المُسابقةُ أوِ المُناضلَـةُ فيها ممَّا لا ينـدُرُ قطْعُها لواحدٍ منهما، وكانَـتْ (مَعْلُومَةً) بالذَّرعِ أو المُشـاهدةِ للمُتعاقدينَ إن لم يغلِبْ عرْفٌ بشـيءٍ، أو جهِلَه أحـدُ المُتعاقدين، وإلَّا حُمِلَ الإطلاقُ عليه.

ولا بـدَّ في كليهمـا ألَّا ينْدُرَ سـبْقُ أحدِهما، وفي المُسـابقةِ مِن تسـاويهِما في الموقـفِ الذي يجريانِ منه، والغايةِ التي يجريانِ إليها، فلو شُـرِطَ تقدُّمُ موقفِ أحدِهما أو غايتِه لم يصِحَّ.

وفي المُناضلةِ من ترتُّبِ رمْيِهما وبيانِ البادئِ، وإلَّا فسَـدَ العَقدُ، وتساويهما في الموقفِ الذي يرميانِ منه، وكذا الغايةُ التي يرميانِ إليها إن قصَدَا الرَّمْيَ إلى غرضٍ، فلو تناضَلَا على أن يكونَ السَّبقُ لأبعدِهما رميًا ولم يقصِدَا غرضًا جازَ إنِ استَوَى السَّهمانِ خفَّةً ورزانةً، والقوسانِ شدَّةً[1] ولينًا.

---

(١) في (ش): «قسوة».

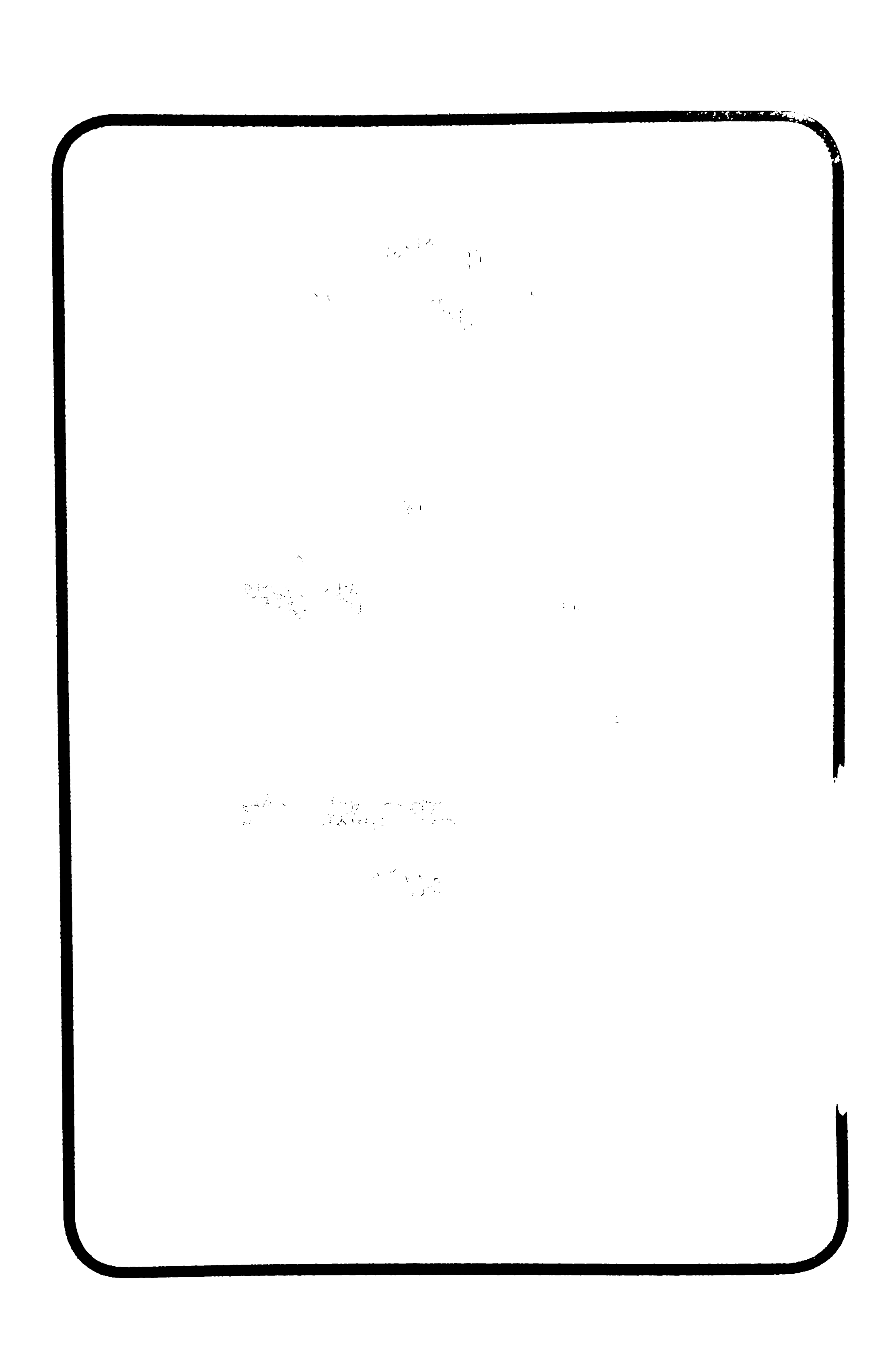
(**وَيُخْـرِجُ العِـوَضَ**) المَعلومُ لهما برؤيـةِ المُعيَّنِ ووصْفِ مـا في الذِّمَّةِ أي: يلتزِمُه (**أَحَدُ المُتَسَابِقَيْنِ**) أوِ المُتَراميَيْنِ (**حَتَّى إِذَا سَبَقَ**) بالبناءِ للفاعلِ (**اسْتَرَدَّهُ**) أي: لم يلزَمْه شيءٌ، (**وَإِنْ سُبِقَ**) بالبناءِ للمفعولِ (**أَخَذَهُ**) أي: استحَقَّه (**صَاحِبُهُ**) وهو السَّـابقُ؛ كأنْ يقولَ أحدُهما للآخرِ: «إن سبقتَنِي فلَكَ عليَّ هذا» أو «كذا» أو «إن سبقتُكَ فلا شيءَ لي عليكَ».

(**أَخْرَجَـا**[1]) العِـوضَ (**مَعًـا**) بأنِ التزَمَـه كلٌّ منهما لصاحبِه إن سـبقَه؛ كأن شـرطَا أن مَنْ سـبَقَ منهما فله على الآخرِ كذا (**لَمْ يَجُزْ**) لأنَّه قمارٌ فيفسُدُ العَقدُ (**إِلَّا أَنْ يُدْخِـلَا بَيْنَهُمَـا مُحَلِّلًا**) أي: ثالثًا مكافئًا لهمـا مركوبُه يكافِئُ مركوبَهما على أنَّه (**إِنْ سَـبَقَ**) بالبناءِ للفاعلِ كلًّا منهما (**أَخَذَ**) ما أخرَجَه كلٌّ منهما، جاءَا معًـا أو مرتَّبًا، وإن سـبَقَ أحدُهما وجـاءَ مع الأوَّلِ أخَذَ هـو والأوَّلُ ما أخرَجَه المُتأخِّرُ (**وَإِنْ سُبِقَ**) بالبناءِ للمفعولِ بأن سَبَقاه أو سبقَه أحدُهما وجاءَ بينَهما أو مع المُتأخِّرِ أو جاءَ الثَّلاثةُ معًا (**لَمْ يَغْرَمْ**) شيئًا لواحدٍ منهما، ثُمَّ إن جاءَا معًا أوِ الثَّلاثةُ معًا فلا شيءَ لأحدٍ، وإن جاءَا مرتَّبيْنِ قبْلَه أو جاءَ هو مع المُتأخِّرِ منهما أو قبْلَـه أخَـذَ الأوَّلُ فقَطْ ما أخرَجَه الآخَرُ وسُـمِّي الثَّالثُ مُحَلِّـلًا؛ لأنَّه يحلِّلُ العَقدَ ويخرِجُه عن صورةِ القمارِ المُحرَّمِ.



(١) في (هـ): «وإن أخرجا».

(كِتَابُ الأَيْمَانِ)



(كِتَابُ الأَيْمَانِ)

بفتحِ الهمزةِ جمْعُ يمينٍ، وهي: تحقيقُ ما لم يجِبْ وقوعُه بذكْرِ اسـمِ الله[١] أو غيرِه على ما سيأتِي، وكأنَّ المُرادَ بتحقيق ما ذُكِرَ التزامُ تحقيقِه ولو بالدَّلالةِ على ذلكَ وإنِ استحالَ تحقيقُه، فليُتأمَّلْ.

(وَالنُّذُورِ) جمْعُ نذرٍ.

(لَا يَنْعَقِـدُ الْيَمِيـنُ) إلَّا مِـن بالغٍ عاقلٍ مميِّـزٍ، أو متعدٍّ بنحْوِ سُـكْرِه، مُختارٍ قاصـدٍ، فـلا تنعقِدُ مِن صبيٍّ أو مجنـونٍ أو نائمٍ أو مُغمًى عليه أو سَـكرانَ بغيرِ تعدٍّ، أو مُكرهٍ، أو غيرِ قاصدٍ لها كأن سبَقَ لسانُه إليها.

ولا تنعقِدُ **(إِلَّا بِاللهِ)** أي: بهذا الاسمِ الشَّريفِ الدَّالِّ على الذَّاتِ العَليِّ **(تَعَالَى)** عمَّا لا يليقُ به كـ «واللهِ» و«تاللهِ»[٢]، **(أَوْ بِاسْـمٍ مِنْ)** بقيَّةِ **(أَسْمَائِهِ)** المُختصَّةِ به كالرَّحمـنِ والحيِّ الذي لا يموتُ، والإلهِ، ومالكِ يومِ الدِّينِ، والذي أعبُدُه أو أسـجُدُ له، ومَنْ نفْسِـي بيدِه، والذي فلَـقَ الحبَّةَ، وكذا مِن غيـرِ المُختصَّةِ ممَّا يَنصـرِفُ إليه عندَ الإطـلاقِ؛ كالرَّحيمِ، والرَّبِّ، والخالقِ، والـرَّازقِ، والقادرِ، والحـقِّ، والمُتكبِّرِ، والجبَّارِ، والمُصوِّرِ، إلَّا أن يريـدَ به غيرَه تعالى، وكذا ممَّا لا ينصرِفُ إليه تعالى عندَ الإطلاقِ؛ كالشَّـيءِ، والموجـود، والعالِم، والحيِّ، والعليمِ، والحكيمِ، والغَنيِّ، والسَّميعِ، والبصيرِ إن أرادَه تعالى به.

(أَوْ بِصِفَـةٍ مِنْ صِفَاتِ ذَاتِهِ)؛ كعظمةِ اللهِ، وعزَّةِ اللهِ، وكبرياءِ اللهِ، وكلامِ اللهِ، وعلْمِ اللهِ، وقدْرةِ اللهِ، ومشـيئةِ اللهِ، وإرادةِ اللهِ، نعَـمْ إن نَوَى بالعلْمِ المعلومَ أو بالقدْرةِ المقدورَ، أو بالبقيَّةِ ظهورَ آثارِها، أو بالكلامِ الحُروفَ؛ لم يكُنْ يَمينًا.

---

(١) لفظ الجلالة ليس في (ش)، (ج)، (ن).

(٢) في (ج): «وبالله».

وتنعقِدُ بكتابِ اللهِ، وبالتَّوراةِ أو الإنجيلِ، إلَّا أن يريدَ ألفاظَها، وبالمُصحفِ إلَّا أن يريدَ الجلْدَ والورَقَ.

قال الزَّرْكَشِيُّ[1]: المُرادُ بالصِّفةِ التي ورَدَ الشَّرعُ بإطلاقِها، أمَّا ما لم يرِدِ السَّمعُ[2] به فينبَغِي أن يكونَ مبنيًّا على جوازِ إطلاقِه، والأشعريُّ قال بالمنْعِ، وفصَّلَ القاضي أبو بكرٍ وغيرُه بينَ ما يُوهِمُ نقصًا فيمتنِعُ وما لا يُوهِمُ فيجوزُ، ثُمَّ قال: مِن الصِّفاتِ كونُه تعالى أزليًّا، وأنَّه واجبُ الوجودِ، وهي كالزَّائدةِ على الذَّاتِ، ومنها السَّلبيَّةُ ككونِه تعالى ليس بجسمٍ ولا جوهرٍ ولا عرَضٍ ولا في جهةٍ، ولم أرَ فيها شيئًا، والظَّاهرُ انعقادُه بها؛ لأنَّها قديمةٌ متعلِّقةٌ باللهِ تعالى انْتَهى.

وحَكَى الرَّافِعِيُّ[3] أنَّ بعضَ الحنفيَّةِ قال: «لو قال باسمِ اللهِ لأفعلَنَّ[4] كذا» فهو يمينٌ، ولو قال: «بصفةِ اللهِ تعالى» فلا؛ لأنَّ الأوَّلَ من أيمانِ النَّاسِ، ألا تَرَى أنَّ القائلَ يقولُ: الذي أُنزِلَتْ مِن عندِه السُّورُ.

ثُمَّ قال: ولكَ أن تقولَ: إذا قلْنا: الاسمُ هو المُسمَّى فالحلِفُ باللهِ تعالى، وكذا إن جعَلَ الاسمَ صلةً، وإن أرادَ بالاسمِ التَّسميةَ لم يكُنْ يمينًا، وقولُه: «بصفةِ اللهِ» يشْبِهُ أن يكونَ يمينًا إلَّا أن يُريدَ الوصْفَ. انْتَهى.

وكأنَّه أرادَ بالتَّسميةِ اللَّفظَ، وبالوصْفِ قولَ الواصفِ، ففي «شرْحِ المقاصدِ» أنَّهم أي: أصحابَنا المتكلِّمين[5] يريدون بالتَّسميةِ اللَّفظَ، وبالوصْفِ قولَ الواصفِ. انْتَهى.

---

(١) بعده بياض في (ك)، (ج) بمقدار كلمتين، وكتب في حاشية (هـ): بياض بأصله. وفي حاشية (ن): «هنا بياض ببعض النسخ معزوًّا للأصل».

(٢) في (ج)، (ش): «الشرع».

(٣) «الشرح الكبير» (١٢/ ٣٥٤).

(٤) في (ش): «أفعلن».

(٥) كذا في (ش). وفي بقية النسخ: «المتكلمون».

وخـرَجَ بصفاتِ ذاتِه الصِّفاتُ الفِعليَّةُ، فلا تنعقِـدُ بها اليمينُ، وهو ما أطلَقَه الجمهورُ وجزمَ به الرَّافِعِيُّ[1] في خلْقِ اللهِ ورزْقِ اللهِ، قال: وبمثْلِه أجابَ الإمامُ في «وإحيـاءِ اللهِ»، لكـن جزَمَ الخَفَّـافُ في «الخصالِ» بأنَّهـا أي: صفاتِ الفعلِ تكونُ يمينًا إذا نَوَاها. انْتَهى.

ولـو قـال: «إن فعَلْتُ كـذا فأيمانُ البيعةِ لازمـةٌ لي» أو «فأيمانُ المسـلمينَ لازمـةٌ لي» فإن نَوَى طلاقَ بيعةِ الحجَّـاجِ وعتاقِها انعقَدَت يمينُه بها، وإن نَوَى اليمينَ باللهِ تعالى أو لم ينْوِ شيئًا لم تنعقِدْ، وكانَتِ البيعةُ في عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ بالمُصافحةِ، فلمَّا وُلِّيَ الحَجَّاجُ رتَّبَها أيمانًا تشـتمِلُ على ذكْرِ اسـمِ اللهِ تعالى، وعلى الطَّلاقِ والإعتاقِ والحجِّ وصدقةِ المالِ[2].

وإن حلَـفَ رجـلٌ باللهِ تعالـى، فقالَ آخـرُ: «يَمِيني في يمينِـكَ»، أو «يلزَمُني مثْـلُ ما يلزَمُكَ» لم يلزَمْه شـيءٌ، وإن كان ذلكَ في الطَّـلاقِ ونَوَى؛ لزِمَه ما لزِمَ الحالِفُ.

وخرَجَ باسـمِ اللهِ تعالى وصفتِه: غيرُهما؛ كالنَّبِيِّ والكعبةِ، فلا تنعقِدُ اليمينُ به، ويُكرَهُ كما في «شرحِ مُسلمٍ»[3] عن أكثرِ الأصحابِ، وإن نقلَ غيرُه عن أكثرِ الأصحابِ تبعًا لنصِّ الشَّـافعيِ: الحُرمةَ[4]، ولو شـركَ في حلفه بينَ ما تنعقِدُ به وغيرِه كـ «واللهِ والكعبةِ» فالمتَّجِهُ عندي الانعقادُ، سـواءٌ قصَدَ الحلِفَ بكلٍّ أو أطلَقَ، أو بالمجموعِ.

(وَمَـنْ حَلَفَ بِصَدَقَةِ مَالِـهِ) أو نحوِها مِن القُربِ بأن التـزَمَ ذلكَ على وجْهِ اللَّجاجِ والغضبِ بـأن قصَدَ بالالتزامِ المنعَ أوِ الحثَّ أو تحقيقَ الخبَرِ؛ كقولِه:

---

(١) «الشرح الكبير» (١٢/ ٢٤٣).

(٢) «الشرح الكبير» (١٢/ ٢٥٣).

(٣) «شرح النووي على مسلم» (١١/ ١٠٦).

(٤) ينظر: «روضة الطالبين» (١١/ ٦).

«إن كلَّمْتُ زيدًا»، أو «إن لم أكلِّمْه»، أو «إن لم يكُنْ الأمرُ كما قلْتُه فللَّهِ عليَّ عتْقٌ» أو «عتْقُ هذا العبْدِ»، أو «صدقةٌ» أوِ «التَّصدُّقُ بكذا»، أو «صومٌ» أو «صومُ كذا»، ويُسمَّى ذلكَ نذْرُ اللَّجاجِ والغضبِ، ويقالُ له: يمينُ اللَّجاجِ والغضبِ، ولذا عبَّرَ المُصنِّفُ بالحلِفِ.

(**فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ**) ما التزَمَه مِن (**الصَّدَقَةِ**) أو غيرِها (**وَالكفَّارةِ**) أي: كفَّارةِ اليمينِ؛ لأنَّ ذلكَ يشْبِهُ النَّذرَ مِن حيثُ إنَّه التزامُ قُربةٍ، واليمينَ من حيثُ إنَّ مقصودَه مقصودُ اليمينِ، ولا سبيلَ للجمْعِ بينَ موجبيهما ولا لتعطيلِهما أي: ولا مرجِّحَ لتغليبِ أحدِهما على الآخرِ حتَّى يتعيَّنَ موجِبُه فوجَبَ التَّخييرُ، وهذا ما رجَّحَه النَّوَوِيُّ[1]، وفي قولٍ وصحَّحَه الرَّافِعِيُّ[2] تتعيَّنُ الكفَّارةُ لخبَرِ مسلمٍ[3]: «**كَفَّارَةُ النَّذْرِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ**».

ولا كفَّارةَ في نذرِ التَّبرُّرِ قطعًا، فتعيَّنَ حمْلُه على نذْرِ اللَّجاجِ، ولقولِ جمْعٍ من الصَّحابةِ به بلا مخالفَ لهم، وفي آخَرَ يتعيَّنُ ما التزَمَه؛ لخبَرِ: «**مَنْ نَذَرَ وَسَمَّى فَعَلَيْهِ مَا سَمَّى**»[4]، وعلى الأوَّلِ فإنِ اختارَ ما التزَمَ ففي صورةِ العِتقِ يُجزئُه إعتاقُ عبدٍ ما إن لم يُعيِّنْ، وإعتاقُ العبدِ إن عيَّنَ ولو بغيرِ صفةِ الكفَّارةِ، وفي صورةِ الصَّدقةِ إن عيَّنَ لزِمَه ما عيَّنَ وإلَّا أقلُّ متمولٍ، وفي الصَّومِ إن عيَّنَ لزِمَه ما عيَّنَ وإلَّا فيومٌ، وإنِ اختارَ الكفَّارةَ وأرادَ عتقَ المُعيَّنِ اعتُبِرَ فيه صفةُ الإجزاءِ.

ولو كان المُعلَّقُ في الحلِفِ غيرَ قربةٍ فعَليه بالحنْثِ كفَّارةُ يمينٍ؛ لأنَّه يشْبِهُ اليمينَ دونَ النَّذرِ، فلو قال: «إن كلَّمتُه فللَّهِ عليَّ أن أطلِّقَك» فهو كقولِه:

---

(١) «روضة الطالبين» (٣/ ٢٩٥). (٢) «الشرح الكبير» (١٢/ ٢٤٩).

(٣) «صحيح مسلم» (١٦٤٥).

(٤) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٠٠): غريب. وقال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٩٢): «لم أجده». ورواه البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١٠٨٧٣) عن الإمام الشافعي.

«إن فعلْتُـه فـو اللهِ لأطلِّقنَّكِ»، فتلزَمُه الكفَّـارةُ بموتِ أحدِهما بعـدَ الفعلِ وقبلَ التَّطليـقِ، فلو قال: «إن فعَلْتُه فللَّهِ عليَّ أن آكُلَ الخبزَ»، لزِمَتْه الكفَّارةُ بموتِه بعدَ الفعْلِ وقبلَ الأكْلِ.

ولـو قال: «العِتقُ يلزَمُنـي» أو «يلزَمُني عتْقُ عبدي فلانٍ» أو «والعِتقِ لا أفعلُ أو لأفعلَـنَّ»، فـإن لم ينْوِ تعليقًا فهـو لغوٌ، وإن نـواه تخيَّرَ، فإنِ اختـارَ العِتقَ أو عتْـقَ المُعيَّنِ أجزَأَه ولو بغيرِ صفةِ الكفَّارةِ، أوِ الكفَّـارةَ وأرادَ عتْقَ المُعيَّنِ اعتُبِرَ صفَتُها، بخلافِ ما لو قال: «إن فعلْتُ كذا فعبدِي حرٌّ» وفعَلَه فيعتِقُ قطعًا كما في «المجموعِ»[1]؛ لأنَّه محضُ تعليقٍ ليس فيه التزامٌ بنحْوِ «عليَّ».

ولـو قال: «العِتـقُ» أو «عتْقُ عبدي فلانٍ» أو «والعِتـقِ يلزَمُني ما فعَلْتُ كذا» فهـو لغوٌ؛ لأنَّه لا تعليـقَ فيه ولا التزامَ، والعِتقُ لا يُحلَفُ به إلَّا بأحدِ هذيْنِ، كذا قيـلَ، وفيه نظرٌ، بل يتَّجِـهُ اعتبارُه إن نَوَى التَّعليقَ على معنى: إن كنْتُ كذا فعليَّ العِتقُ أو عتقُ فلانٍ؛ لقبولِه لهذا المعنى فيتخيَّرُ، فليُتأمَّلْ.

(**وَلَا شَيْءَ**) مِن كفَّارةٍ أو نذرٍ يلزَمُ (**فِي لَغْوِ الْيَمِينِ**) بأن سبَقَ لسانُه إلى لفْظِها بلا قصدٍ أو قصدَ الحلفَ على شـيءٍ فسبَقَ لسـانُه لغيرِه، كـ«بلى واللهِ»، و«لا واللهِ» في نحْوِ غضبٍ أو صلةِ كلامٍ ولو مع الجمْعِ بينَهما؛ إذِ الغرضُ عدمُ القصْدِ.

(**وَمَنْ حَلَفَ**) على (**أَلَّا يَفْعَلَ شَـيْئًا**) عيَّنَه (**فَفَعَلَ غَيْرَهُ**) ممَّا لا يشـمَلُه اسـمُه وأطلَقَ، كأن حلَفَ لا يدخُلُ بيتًا فدخَلَ مسـجدًا أو حمَّامًا، أو لا يهَبُ فأعارَ أو أوْصَى، أو لا يتصدَّقُ فوهَبَ أو أهْدَى، أو لا يأكُلُ مِن هذه البقرةِ فأكَلَ مِن لبَنِها أو ولدِها، أو من هذه الشَّـجرةِ فأكَلَ من ورقِها أو طرفِ غصْنِها، أو لا يأكلُ لبنًا فشَـرِبَه، أو لا يشـربُه فأكَلَه بخبـزٍ، أو لا يأكُلُ عنبًا مثلًا فشـرِبَ عصيرَه أو مصَّه

(١) «المجموع شرح المهذب» (٨/ ٤٦٠)

ورَمَى تفْلَه، أو لا يأكُلُ رُطبًا فأكَلَ تمرًا أو بُسْـرًا، أو لا يأكُلُ سـمنًا فشـرِبَه ذائبًا، أو أكَلَـه في عَصيـدةٍ لم تظهَرْ فيها عيْنُه، أو لا يـأكُلُ طعامَ زيدٍ فأكَلَه ضيافةً، أو لا أكلِّـمُ هذا الصَّبيَّ فكلَّمَه بالغًا، أو لا أكلِّمُ هذا العبْدَ فكلَّمَه بعدَ عتْقِه، أو لا أكلِّمُ عبـدَ زيـدٍ أو زوجتَه أو لا أدخُلُ دارَه، فكلَّمَ العبـدَ أو دخَلَ الدَّارَ بعدَ بيْعِهما، أو كلَّمَ الزَّوجةَ بعدَ طلاقِها بائنًا، أو لا يدخُلُ دارَ زيدٍ فدخَلَ دارًا يسكُنُها بغيرِ ملْكٍ كإجارةٍ وإعارةٍ، أو لا يلبَسُ هذا الثَّوبَ فسَلَّ منه خيطًا ثُمَّ لبِسَه (**لَمْ يَحْنَثْ**).

بخـلافِ ما لـو حلَفَ لا يدخُـلُ بيتًا فدخَلَ خيمـةً أو بيتَ شَـعرٍ، أو لا يهَبُ فتصـدَّقَ أو أهْـدَى وأقبَض، أو لا يأكُلُ مِن هذه البقرةِ فـأكَلَ مِن لحْمِها، أو مِن هذه الشَّـجرةِ فأكَلَ مِن ثمَرِها، أو لا يأكُلُ لبنًا فأكَلَه بخبزٍ، أو لا يكلِّمُ زوجةَ زيدٍ فكلَّمَها بعدَ طلاقِها رجعيًّا، أو لا يدخُلُ دارَ زيدٍ فدخَلَ دارًا يملِكُها ولا يسكُنُها، أو لا يـذوقُ كـذا فأدرَكَ طعْمَه وإن مَجَّهُ ولم يَنزِلْ منه شـيءٌ إلى جوفِه فيحنَثُ، ولـو حلَفَ لا يأكُلُ بطِّيخًا فأكَلَ الهِنديَّ وهو الأخضَرُ، فالأوجَهُ الحِنْثُ في هذه الأزمانِ.

(**وَمَنْ حَلَفَ**) على (**أَلَّا يَفْعَلَ شَيْئًا**) عيَّنَه؛ كالبيعِ والشِّراءِ والتَّزويجِ والتَّطليقِ والإعتـاقِ والضَّربِ وأطلَـقَ (**فَأَمَرَ غَيْرَهُ فَفَعَلَـهُ لَمْ يَحْنَثْ**)، فـإن أرادَ ألَّا يفعَلَه ولـو بوكيلِه حنِـثَ، نعَمْ لو حلَفَ ألَّا يتـزوَّجَ أو لا يُراجِعَ حنِـثَ بعقدِ وكيلِه أو مراجعتِه، ومثْلُه في الأوجهِ ما لو حلَفَ لا يرُدُّ زوجتَه الرَّجعيَّةَ أوِ البائنَ بخُلعٍ إذا أرادَ الرَّدَّ إلى نكاحِه ولا حنْثَ بالفاسـدِ مِن بيعٍ وغيْرِه، نعَمْ يحنَثُ بفاسدِ الحجِّ أو العُمرةِ.

ولو حلَفَ لا يبيعُ خمرًا أو مسـتولدةً لم يحنَثْ ببيعِه إلَّا إن أرادَ صورةَ البيعِ، أو لا يبيعُ فاسدًا فباعَ فاسدًا فوجهانِ:

أحدُهما: عدمُ الحنْثِ، وظاهرُ كلامِ الشَّيخيْنِ[١] ترجيحُه، وجزمَ به صاحبُ «الأنوارِ»[٢].

والثَّاني ورجَّحَه الإمامُ وهو الأوجَهُ: الحِنْثُ.

وواضحٌ أنَّ الكلامَ عندَ الإطلاقِ، فإن أرادَ صورةَ البيعِ فلا توقُّفَ في الحنْثِ.

(**وَمَنْ حَلَفَ**) على (**أَلَّا يَفْعَلَ أَمْرَيْنِ**) عيَّنَهما؛ كأن حلَفَ لا يأكُلُ هذيْنِ الرَّغيفيْنِ، أو هذا الرَّغيفَ وهذا الرَّغيفَ، أوِ اللَّحمَ والعِنبَ، أو لا يلبَسُ هذيْنِ الثَّوبيْنِ، أو هذا الثَّوبَ وهذا الثَّوبَ، أو لا يكلِّمُ زيدًا وعَمرًا (**فَفَعَلَ أَحَدَهُمَا**) كأن أكلَ أحدَ الرَّغيفيْنِ أو أحدَهما وبعضَ الآخرِ، أو أكَلَ اللَّحمَ أوِ العنبَ أو أحدَهما وبعضَ الآخرِ، أو لبِسَ أحدَ الثَّوبيْنِ أو لبسَهما بعدَ قطْعِ بعضِ أحدِهما، أو كلَّمَ زيدًا أو عَمرًا فقطْ في الجميعِ (**لَمْ يَحْنَثْ**) وانحلَّتِ اليمينُ، بخلافِ ما لو أعادَ في يمينِه حرْفَ النَّفيِ؛ كأنْ حلَفَ لا يأكُلُ هذا ولا هذا، أو لا يكلِّمُ زيدًا ولا عَمرًا ففعَلَ أحدَهما فيحنَثُ، ولا تنحَلُّ اليمينُ؛ لأنَّهما يمينانِ حتَّى لو فعَلَ الآخَرَ لزِمَه كفَّارةٌ أُخرى.

ولو حلَفَ على فعْلِ أمريْنِ كأنْ حلَفَ ليأكُلَنَّ اللَّحمَ والعنبَ، أو لأكلِّمَنَّ زيدًا وعَمرًا، فهو يمينٌ واحدةٌ، فلا يكْفِي في البرِّ أحدُهما على الأوجَهِ الذي اعتمدَه غيرُ واحدٍ، وإن نقَلَ الشَّيخانِ[٣] عنِ المُتولِّي خلافَه، فقد توقَّفَا فيه.

(**وَكَفَّارَةُ الْيَمِينِ**) أي: الحالِفِ الحانِثِ (**مُخَيَّرٌ فِيهَا**) ابتداءً (**بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ**):

---

(١) «الشرح الكبير» (١٢/ ٣١٠)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٤٩).

(٢) «الأنوار» للأردبيلي (٢/ ٦٢٢)

(٣) «الشرح الكبير» (١٢/ ٢٩٣)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٣٦).

(١) (**عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ**) ذكرٍ أو أُنثى، سليمةٍ مِن العُيوبِ المُخلَّةِ بالعَملِ أوِ الكَسْبِ،

(٢) (**أَوْ إِطْعامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ**) أو فقراءٍ (**كُلِّ مِسْكِينٍ مُدًّا**) ممَّا يُجزِئُ في الفطْرةِ من غالبِ قوتِ البلدِ في غالبِ السَّنةِ، بأن يُعطِيَه ذلكَ على وجْهِ التَّمليكِ، (**أَوْ كِسوَتُهُم ثَوْبًا ثَوْبًا**) بأن يعطِيَ كلَّ واحدٍ على وجْهِ التَّمليكِ ثوبًا ولو لبيسًا لم تذهَبْ قوَّتُه، أو مُرقَّعًا لزينةٍ لا لبِلًى، لا جديدَ مهلهلَ النَّسجِ بحيثُ لا يدومُ إلَّا بقدْرِ دوامِ البالِي مِن صُوفٍ أو قُطنٍ أو كتَّانٍ أو شَعرٍ أو حريرٍ ولو لرجلٍ لا يجوزُ له لُبْسُه.

والمُرادُ به ما يُسمَّى كسوةً كقميصٍ وإن لم يكُنْ له كمٌّ، أو عمامةٍ وإن صغُرَتْ، أو إزارٍ أو رداءٍ أو مُقنَّعةٍ أو مِنديلٍ يحمَلُ في اليدِ، بخلافِ ما لا يُعتادُ لُبْسُه كالجلودِ وما لا يُسمَّى كسوةً؛ كنَعلٍ وخُفٍّ وقَلَنْسُوَةٍ وطاقِيَّةٍ.

ولو أعْطَى متنجسًا لا ما نُسِجَ مِن متنجسِ العيْنِ كصوفِ ميتةٍ، أو ما يصلُحُ للصَّغيرِ للكبيرِ، أو ما يصلُحُ للرَّجلِ للمَرأةِ أو بالعكسِ، أو ما اعتِيدَ في البلدِ لُبْسُه لغالبِ النَّاسِ أو نادرِهم مِن نحْوِ لبدٍ وفَروةٍ جازَ، وعليه أن يُعرِّفَهم بالمُتنجِّسِ حتَّى لا يُصلُّوا فيه.

(**فَإِنْ**) كان محجورًا عليه بسَفَهٍ أو فَلَسٍ، أو (**لَمْ يَجِدْ**) شيئًا مِن الأشياءِ الثَّلاثةِ بأن عجِزَ عنها بالوجْهِ السَّابقِ في كفَّارةِ الظِّهارِ؛ كأنْ كان رقيقًا (**فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ**) ولو متفرِّقةً تلزَمُه، ولو غابَ مالُه انتَظَره ولم يصُمْ.

❁ ❁ ❁

(فَصْلٌ)
فِي النَّذْرِ

وهو الْتِزَامُ قُرْبةٍ غيرِ واجبةٍ عَيْنًا.

(**النَّـذْرُ يَلْزَمُ**) أي: يُعتَدُّ به إن كان (**فِي الْمُجَـازَاةِ عَلَى مُبَاحٍ**) بأنْ علَّقَ التزامَ القُربـةِ على ما ليس بمعصيَةٍ، لا علـى وجْهِ اللَّجاجِ فعلًا له كان أو لا، (**وَ**) كذا إن كان في المُجـازاةِ على (**طَاعَـةٍ**) بأن علَّقَ التزامَ القُربـةِ لا على وجْهِ اللَّجاج على طاعةٍ.

(**كَقَوْلِهِ: إِنْ شَـفَى اللهُ مَرِيضِي**) أو «إن أكلْتُ الخُبزَ» بمعنى إن يسَّـرَه اللهُ لي في الأوَّلِ، و«إن صلَّيْـتُ الظُّهرَ» مُريدًا إن يسَّـرَه اللهُ لي في الثَّاني، (**فَلِلَّهِ عَلِيَّ**) أو فعَلَيَّ (**أَنْ أُصَلِّيَ أَوْ أَصُومَ أَوْ أَتَصَدَّقَ**) أو أعتِقَ.

(**وَيَلْزَمُـهُ**[1] **مِنْ ذَلِكَ**) الملتزمِ مِن الصَّلاةِ والصَّـومِ والتَّصدُّقِ والإعتاقِ (**مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الِاسْمُ**) شرعًا عندَ الإطلاقِ، وهو في الصَّلاةِ ركعتان، وفي الصَّومِ يومٌ، وفي التَّصدُّقِ أقلُّ مُتموَّلٍ، وفي الإعتاقِ رقبةٌ وإن لم تُجزِ في الكفَّارةِ، فإن عيَّن في شيءٍ ممَّا ذُكِرَ قدْرًا اتُّبعَ.

ويلزَمُـه في الصَّومِ التَّبييتُ، نعَـمْ لو نذَرَ قبلَ الزَّوالِ صـومَ يومِه لزِمَه وصحَّ صومُـه، وفي الصَّـلاةِ القيامُ مع القدْرةِ، ويمتنِعُ فعْلُها علـى الرَّاحلةِ، فإنْ نذَرَها مِـن قعودٍ، أو نـذَرَ فعْلَها على الرَّاحلةِ؛ جازَ القعـودُ في الأُولى، وإن كان القيامُ أفضَلَ، وفعْلُها على الرَّاحلةِ في الثَّانيةِ، وإن كان فعْلُها على الأرضِ أفضَلَ.

---

(١) في (ج): «ويلزم».

ولو نذَرَ أن يُصلِّيَ ركعتيْنِ فصلَّى أربعًا بتسليمٍ واحدٍ وتشهُّدٍ أو تشهديْنِ فطريقانِ، قال في «المجموعِ»[1]: أصحُّهما وبه قطَعَ البَغَوِيُّ الجَوازُ.

أو أن يُصلِّي ركعةً أجزَأَتْه، أو ركعاتٍ جازَتْ بتسليمتيْنِ، فإن صلَّاها بواحدةٍ أُمِرَ بتشهُّديْنِ وسجَدَ لتَركِ الأوَّلِ منهما للسَّهوِ، نعَمْ إن نذَرَ الأربَعَ بتسليمتيْنِ لزِمَتاه كما في الاستقصاءِ في صلاةِ التَّطوُّعِ، أو نذَرَ صلاتيْنِ لم يُجزِئه أربعُ ركعاتٍ بتسليمةٍ واحدةٍ.

(وَلَا نَذْرَ) ينعقِدُ **(فِي)** فعْلِ **(مَعْصِيَةٍ)** كشُرْبِ خمرٍ وزنًا وصلاةٍ بحدثٍ، إمَّا بأن يلتزِمَه كـ «لِلَّهِ عليَّ شربُ الخمرِ» إلى آخِرِه، ولا حاجةَ لاستثناءِ صحَّةِ نذْرِ الرَّاهنِ المُوسِرِ إعتاقَ المَرهونِ؛ لأنَّ الرَّاجحَ عدمُ حرمتِه، وعلى الحُرمةِ المَرجوحةِ فهي لخارجٍ فلا تمنَعُ الانعقادَ، ولهذا صحَّ نذْرُ المَدينِ التَّصدُّقَ بما يحتاجُه لوفاءِ دَينِه وإن حرُمَ، وكالمعصيةِ المكروهُ لذاتِه، أو لازمُه؛ كصومِ الدَّهرِ بشرْطِه، وقضيَّةُ كلامِ المُصنِّفِ عدمُ لزومِ الكفَّارةِ.

قال الزَّرْكَشِيُّ: ومحلُّه إذا لم ينْوِ به اليمينَ كما اقْتَضَاه كلامُ الرَّافِعِيِّ[2] آخرًا، فإن نَوَى به اليمينَ لزِمَتْه الكفَّارةُ بالحنْثِ[3]، وإمَّا بأنْ يعلِّقَ الالتزامُ عليه.

(كَقَوْلِه) لا على وجْهِ اللَّجاجِ والغضبِ: **(إِنْ قَتَلْتُ فَلَانًا فَلِلَّهِ عَلَيَّ)** أو فعَليَّ **(كَذَا)** كالتَّصدُّقِ بكذا، فإن نَوَى به اليمينَ فينبَغِي أن يجرِيَ فيه ما تقدَّمَ عنِ الزَّرْكَشِيِّ، وإن قال على وجْهِ اللَّجاجِ والغَضبِ تخيَّرَ بينَ ما التزَمَه وكفَّارةِ اليمينِ.

(١) «المجموع شرح المهذب» (٨/ ٤٦٤).

(٢) «الشرح الكبير» (١٢/ ٣٥٨).

(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (١/ ٥٧٧).

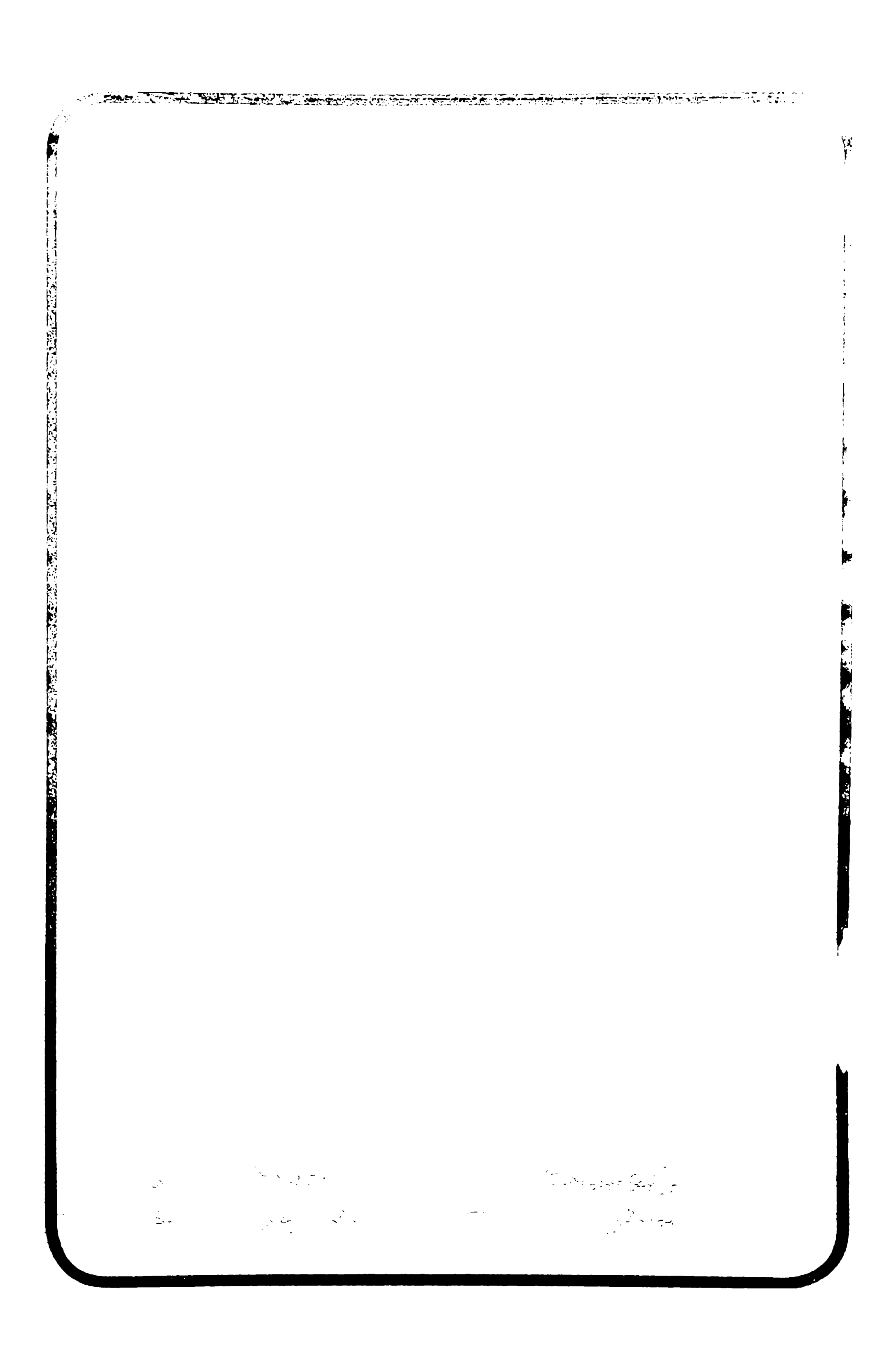
وقـد يُتوهَّـمُ مخالفةُ هذا التَّفصيـلِ لقولِهم: إنَّ نذْرَ المعصيـةِ في الإثباتِ لا يكونُ إلَّا لَجاجًا، وليسَ كذلكَ، فليُتأمَّلْ.

(وَلَا يَلْـزَمُ النَّذْرُ) إذا عقَدَه (عَلَى) فِعـلِ مُباحٍ في أصْلِه، وإن نَوَى به عبادةً كـ «عَليَّ أن آكُلَ اللَّحم» أو «أشرَبَ اللَّبنَ» أو «أنامَ»، وإن نَوَى بالأكْلِ التقوِّيَ على العبـادةِ وبالنَّومِ التَّقوِّيَ على التَّهجُّدِ، أو على (تَرْكِ مُبَاحٍ) كذلكَ؛ (كَقَوْلِهِ): للهِ عليَّ (لا آكُلُ لَحْمًا، وَلا أَشْـرَبُ لَبَنًا، وَمَا أَشْبَهَهُ) أي: ما ذُكِرَ كـ «لِلَّهِ عليَّ أن لا أنامَ»، ولو ترَكَ الفعْلَ في الأوَّلِ أو أَتَى به في الثَّاني ففي وجوبِ الكفَّارةِ خلافٌ، والذي صحَّحَه في الشَّـرحيْنِ[1] و«الرَّوضةِ»[2] وصوَّبَـه في «المجموعِ»[3] عدمُ الوجوبِ، وقال في «المنهاجِ»[4] كـ«المُحرَّرِ»: لزِمَه كفَّارةُ يمينٍ على المُرجَّحِ.

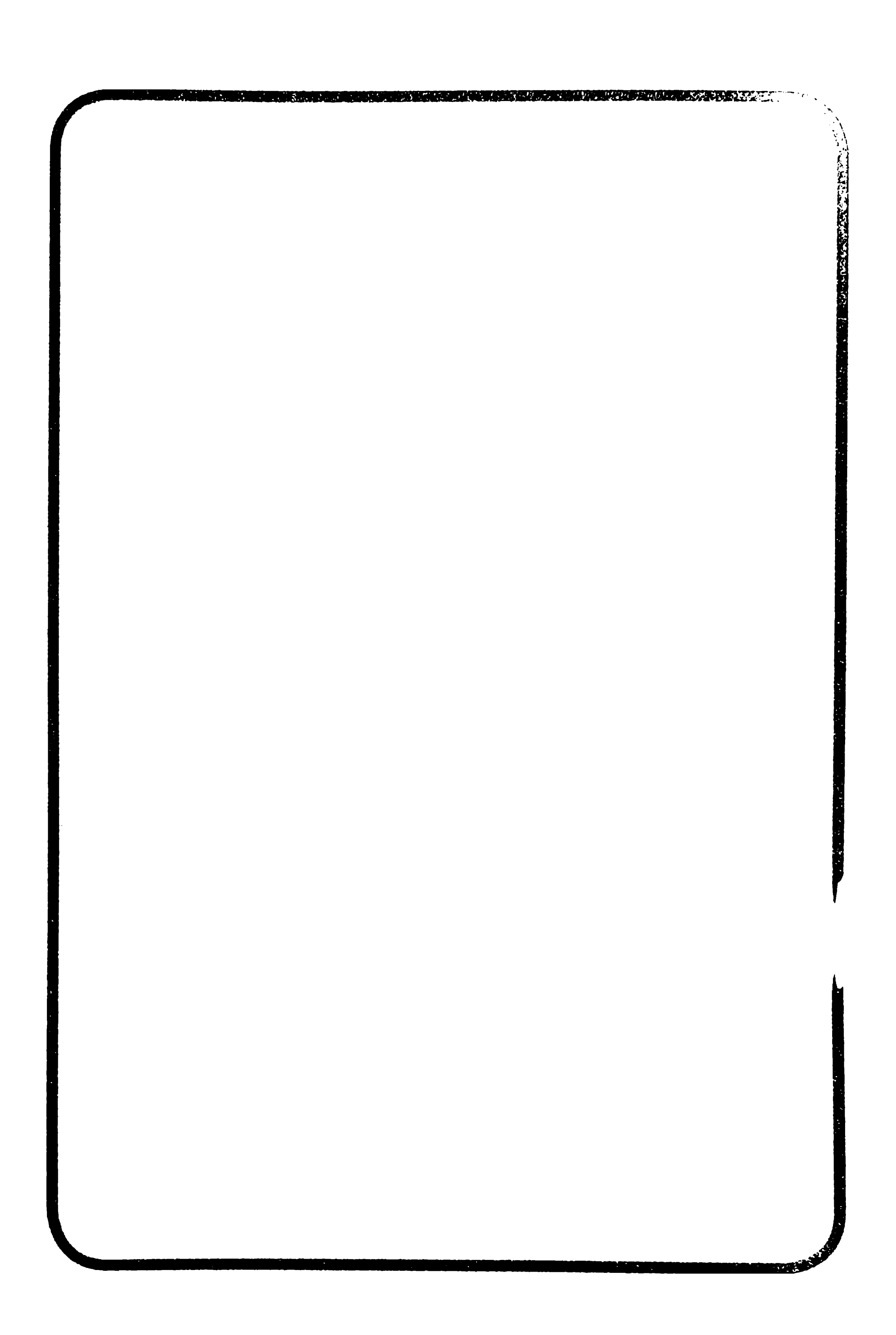
قـال في «شـرحِ الرَّوضِ»[5]: وهو المُوافـقُ لِما مرَّ مِن لزومِهـا في قولِه: «إن فعَلْـتُ كـذا فللهِ عليَّ أن أطلِّقَكِ»، وفي قولِه: «إن فعلْـتُ كذا فللهِ عليَّ أن آكُلَ الخُبزَ»، وفي قوله: «للهِ عليَّ أن أدخُلَ الدَّارَ». انْتَهى.



(١) «الشرح الكبير» (١٢/ ٢٦٢).
(٢) «روضة الطالبين» (١١/ ٢٠).
(٣) «المجموع شرح المهذب» (١٨/ ١١٥).
(٤) «منهاج الطالبين» (ص ٣٣٣).
(٥) «أسنى المطالب» (١/ ٥٧٨).



(كِتَابُ الْأَقْضِيَةِ)



(كتاب الأقضية)

جمْعُ قضاءٍ بمعنى الحُكمِ بينَ النَّاسِ، (وَالشَّهَادَاتِ) جمْعُ شهادةٍ.

(وَلَا يَجُوزُ) ولا يصِحُّ (أَنْ يَلِيَ الْقَضَاءَ) فلا يجوزُ ولا يصِحُّ أن يوَلَّاه (إِلَّا مَنِ استكْمَلَت[1] فِيهِ خَمْسَ عَشْرَةَ خَصْلَةً):

(١) (الْإِسْلَامُ) فلا يصِحُّ قضاءُ الكافرِ ولو لمثْلِه.

(٢-٤) (وَالبُلُوغُ، وَالعَقْلُ، وَالحُرِّيَّةُ)[2] فلا يصِحُّ قضاءُ مَن فيه ضدُّ[3] ذلكَ.

(٥) (وَالذُّكُورَةُ) المُحقَّقةُ، فلا يصِحُّ قضاءُ امرأةٍ وخُنثى.

(٦) (وَالعَدَالَةُ) فلا يصِحُّ قضاءُ فاسقٍ.

(٧) (وَمَعْرِفَةُ أَحْكَامِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ) بأن يعرِفَ منهما ما يتعلَّقُ بالأحكام وإن لم يحفَظْه عن ظهرِ قلبٍ؛ لتوقُّفِ الاجتهادِ المُشترَطِ فيه حتَّى لا يصِحَّ توليةُ جاهلٍ ومقلِّدٍ على ذلكَ وغيرِه ممَّا يأتِي.

(٨) (وَ) معرفةُ (الْإِجْمَاعِ وَالِاخْتِلَافِ) في المسائلِ التي يريدُ النَّظرَ فيها؛ لئلَّا يخالِفَ الإجماعَ، لكن لا يُشترَطُ ضبْطُه جميعَ مواضعِ الإجماعِ، بل يكْفِي أن يظُنَّ أنَّ قولَه في تلكَ المسألةِ لا يخالِفُ الإجماعَ، أو أنَّها لم يتكلَّمْ فيها الأوَّلونَ بل تولَّدَتْ في عصْرِه.

(٩) (وَ) معرفةُ (طُرُقِ الِاجْتِهَادِ) أي: الأمورِ التي يتوقَّفُ على معرفتِها غيرُ ما تقدَّمَ ويأتِي؛ كالعامِّ والخاصِّ، والمُطلقِ والمُقيَّدِ، والمُجملِ والمُبيَّنِ، والنَّصِّ والظَّاهرِ، والنَّاسخِ والمَنسوخِ، ومُتواترِ السُّنَّةِ وآحادِها، ومتَّصلِها مِن مرفوعِها،

(١) في (ج)، (ع): «استكمل».

(٢) بعده في (ع) بياض بمقدار سطر.

(٣) في (ش)، (ج): «رق».

وموقوفِها وغيرِ متَّصلِها كمُرسَـلِها وحـالِ رُواتِها قوَّةً وضعفًـا. نعَمْ ما تواتَرَتْ أهليَّةُ رُواتِه أو حكَمَ بها إمامٌ مشهورٌ عُرِفَتْ[1] صحَّةُ مذهبِه في الجرْحِ والتَّعديلِ، أو أجمَعَ السَّـلفُ على قبولِه لا يُحتاجُ إلى البحثِ عنه، وكالقياسِ جليِّه وغيرِه، صحيحِه وغيرِه.

(١٠) (وَ) معرفةُ (طَرَفٍ مِنْ لِسَانِ الْعَرَبِ) لغةً ونحوًا وصرفًا وبلاغةً، بحيثُ يتمكَّنُ مِن فهْمِ مقاصِدِ الكتابِ والسُّنَّةِ.

(١١) (وَ) معرفـةُ طرفٍ من (تَفْسِـيرِ كِتَابِ اللهِ تَعَالَـى) بأن يتمكَّنَ مِن معرفةِ معاني آياتِ الأحكامِ منه.

(١٢) (وَأَنْ يَكُونَ سَمِيعًا) أي: ذا سمعٍ وإن كان ثقيلَ السَّمعِ، بخلافِ مَن لا يسمَعُ بالكليَّةِ.

(١٣) وأن يكـونَ (بَصِيرًا) أي: ذا بصرٍ ولـو بحيثُ يميِّزُ الصُّورةَ ويعرِفُها إذا قرُبَتْ منه، بخلافِ غيرِه كالأعمى، ويُشتَرطُ أيضًا كونُه ناطقًا، بخلافِ الأخرسِ وإن فُهِمَتْ إشارتُه.

(١٤) وأن يكـونَ (كَاتِبًـا) بأن يُحسِـنَ الكتابـةَ، وهذا وجْـهٌ، والأصحُّ عدمُ اشتراطِ ذلكَ، بل يجوزُ كونُه أمِّيًّا لا يكتُبُ ولا يَحسُبُ ولا يقرَأُ المكتوبَ.

(١٥) وأن يكونَ (مُتَيَقِّظًا) فلا يصِحُّ قضاءُ مغفَّلٍ، ولا مختلِّ نظرٍ بنحْوِ مرضٍ أو كِبَرٍ.

(وَيُسْـتَحَبُّ أَنْ يَجْلِـسَ) القاضِي (فِي وَسَـطِ الْبَلَدِ) بفتحِ السِّـينِ في الأشـهرِ ليتسـاوى النَّـاسُ في القُرْبِ منه، وكأنَّ المُرادَ بهذا تسـاوي كلٍّ مـع نظيرِه، فأهْلُ

---

(١) في (ج): «عرف».

الأطرافِ يَتَساوونَ، وكذا مَن يَلِيهم، وهكذا قال الزَّرْكَشِيُّ، وكأنَّه حيثُ اتَّسعَتْ خُطَّتُه وإلَّا نزَلَ حيثُ تيسَّرَ. قال: وهذا إذا لم يكُنْ فيه موضِعٌ يعتادُ القضاةُ النُّزولَ فيه[1]. انْتَهى. وقد يقالُ: ظاهرُ كلامِهم، والمعنى: أنَّه لا فرْقَ حيثُ تيسَّرَ الوسطُ.

وأن يجلِسَ (**فِي مَوْضِعٍ**) واسعٍ مَصونٍ من أذًى نحوِ حَرٍّ وبَردٍ وغُبارٍ (**بَارِزٍ**) أي: ظاهرٍ (**لِلنَّاسِ**)، وأن يجلِسَ على مُرتفعٍ، وأن يتميَّزَ عن غيرِه بفراشٍ ووِسادةٍ، وأن يكونَ (**لا حاجِبَ لَهُ دُونَهُ**) أي: دونَ ذلكَ المَوضِعِ أي: يمنَعُ مِن الدُّخولِ عليه فيه أي: يُكرَهُ اتِّخاذُه بلا حاجةٍ، بخلافِ ما لوِ احتاجَه لزحْمةٍ أو في وقْتِ خلوةٍ.

(**وَلا يَقْعُدُ لِلْقَضَاءِ فِي الْمَسْجِدِ**) بأنْ يتَّخِذَه لذلكَ فيُكرَهُ، وإقامةُ الحدِّ فيه أشدُّ كراهةً، وإنِ اتَّفقَ حالَ دخولِه قضيَّةٌ أو قضايا فلا بأسَ بفصْلِها.

(**وَيُسَوِّي**) وُجوبًا (**بَيْنَ الخِصْمَيْنِ**) وإن وكَّلا أو تفاوَتَا في الفضْلِ (**فِي ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ**):

(١) (**فِي المَجْلِسِ**) فلا يخُصُّ أحدَهما بالجلوسِ ولا يرفَعُه على الآخَرِ فيه.

(٢) (**وَ**) في (**اللَّفْظِ**) أصلًا وصِفةً، فلا يخُصُّ أحدَهما بنحْوِ التَّحدُّثِ والمِزاحِ معَه، أو إلانةِ القوْلِ له.

(٣) (**وَ**) في (**اللَّحْظِ**) أي: المُلاحظةِ والمُراعاةِ بوجوهِ الإكرامِ، فلا يخُصُّ أحدَهما بنحْوِ استماعِ كلامِه، أو النَّظرِ إليه، أوِ القيامِ، أو طلاقةِ الوجْهِ له، أو إجابةِ سلامِه، أوِ الإذْنِ في دخولِه، أو في التَّقدُّمِ بدخولِه عليه، نعَمْ إن كان أحدُهما كافرًا رفَعَ المُسلمَ عليه في المجلسِ.

قال الشَّيخانِ[2]: ويشْبِهُ أن يجرِيَ ذلكَ في سائرِ وُجوهِ الإكرامِ.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٤/ ٢٩٣).

(٢) «الشرح الكبير» (١٢/ ٤٩٤)، و«روضة الطالبين» (١١/ ١٦١).

قال في «شرحِ الرَّوضِ»(١): أي: حتَّى في التَّقديمِ بالدَّعْوى كما بحَثَه بعضُهم، وهو ظاهرٌ إن قلتِ الخُصومُ المُسلمونَ، وإلَّا فالظَّاهرُ خلافُه لكثرةِ ضررِ التَّأخيرِ. انْتَهى.

ورفْعُ المُسلمِ في المَجلسِ على سبيلِ الوُجوبِ عندَ المَاوَرْدِيِّ(٢) وتبِعَه البارِزيُّ وغيرُه، وتعبيرُ غيرِه بالجوازِ لا ينافِيه، لكن لا يخْفَى أنَّ جريانَ الوجوبِ في بقيَّةِ وُجوهِ الإكرامِ على وجْهِ الإطلاقِ مستبعَدٌ؛ إذ لا وجْهَ لوجوبِ نحْوِ التَّحدُّثِ والمزحِ معَه، ولا لوجوبِ تخصيصِه بدخولِه عليه، بلِ الكلامُ في جوازِ تخصيصِه به.

(**وَلَا يَجُوزُ**) للقاضي (**أَنْ يَقْبَلَ الْهَدِيَّةَ**) مثلًا ممَّن له خصومةٌ، أو يريدُ الخصومةَ، وإنِ اعتادَ الإهداءَ قبلَ القضاءِ، وإن لم يكُنْ من أهلِ محلِّ عمَلِه، وكذا ممَّن لا خصومةَ ولا أرادَ الخصومةَ إن كان (**مِنْ أَهْلِ عَمَلِهِ**) بأن كان في محلِّ ولايتِه وإن لم يكُنْ من أهلِ محلِّ ولايتِه ولم يُعهَدْ ذلكَ منه قبلَ القضاءِ، فإن عُهِدَ منه ذلكَ قبلَ القضاءِ ولم يزِدْ فيه على العادةِ، أو كان الإهداءُ في غيرِ محلِّ ولايتِه، وإن كان المُهدِي من أهلِ محلِّ ولايتِه جازَ القبولُ.

ولو أرسَلَ الهديَّةَ مَن في غيرِ محلِّ ولايتِه ولم يُعهَدْ منه ولا خصومةَ له إليه في محلِّ ولايتِه، ففي جوازِ القبولِ وجهانِ، ورجَّحَ بعضُهم التَّحريمَ.

ولو أرسلَهَا مَن في محلِّ ولايتِه كذلكَ إليه في غيرِ محلِّ ولايتِه، ففي الجوازِ نظرٌ، ولعلَّ القياسَ التَّحريمُ.

(**وَيَجْتَنِبُ**) ندبًا (**الْقَضَاءَ فِي عَشَرَةِ مَوَاضِعَ**) فيُكرَهُ له القضاءُ فيها وإن نفَذَ:

---

(١) «أسنى المطالب» (٤/ ٣١٠).

(٢) «الحاوي الكبير» (١٦/ ٢٧٦).

(١) (عِنْـدَ الْغَضَبِ) ولو للهِ تعالى، كما اقتضاه إطلاقُ المُصنِّفِ والجمهورِ، وأطالَ الأَذْرَعِيُّ[١] في ترجيحِه، وهو وجيهٌ، ويُوافِقُه استغرابُ صاحبِ «البحرِ»[٢] لما صرَّحَ به الإمامُ والبغويُّ[٣] وغيرُهما من استثنائِهِ الذي قال البُلقِينيُّ: إنَّه المعتمَدُ، نعَمْ لا كراهةَ قطعًا إذا دَعَتْ الحاجةُ إلى الحُكمِ في الحالِ، وقد يتعيَّنُ الحُكمُ على الفَورِ في صورٍ كثيرةٍ.

(٢) (وَ) عندَ (الْجُوعِ) المُفرِطِ.

(٣) (وَ) عندَ (الْعَطَشِ) المُفرِطِ.

(٤) (وَ) عندَ (شِدَّةِ الشَّهْوَةِ)،

(٥) (وَ) عندَ (الْحُزْنِ) المُفرِطِ.

(٦) (وَ) عندَ (الْفَرَحِ الْمُفْرِطِ)، ومثْلُهما الهمُّ المُفرِطُ.

(٧) (وَعِنْدَ الْمَرَضِ) المُؤلِمِ.

(٨) (وَ) عندَ (مُدَافَعَـةِ الْأَخْبَثَيْنِ) البولِ والغائطِ، ومثْلُهما مدافعةُ الرِّيحِ كما هو ظاهرٌ.

(٩) (وَعِنْدَ) غلبةِ (النُّعَاسِ).

(١٠) (وَ) عندَ (شِدَّةِ الحَرِّ، وَ) عندَ شدَّةِ (البَرْدِ)، وفي كلِّ حالٍ يُغيِّرُ الخُلُقَ.

(وَ) إذا حضَـرَ الخصمانِ بينَ يدَيِ القاضي فله أن يسـكُتَ حتَّى يتكلَّما، وله أن يقولَ: ليتكلَّمِ المدَّعي منكُما.

قال الشَّـيخانِ[٤]: وأن يقولَ للمُدَّعِـي إذا عرَفَه تكلَّمْ، والأَوْلى أن يتولَّى هذا القولَ الأمينُ الواقفُ على رأسِه أو بينَ يدَيْه.

---

(١) «قوت المحتاج» (١١/ ١٦١).

(٢) «بحر المذهب» (١١/ ٧٤).

(٣) «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٨/ ١٧٣).

(٤) «الشرح الكبير» (١٢/ ٤٩٥)، و«روضة الطالبين» (١١/ ١٦٢).

و(**لَا يَسْأَلُ**) القاضي (**الْمُدَّعَى عَلَيْهِ**) أي: لا ينبَغِي أن يسألَه الجوابَ (**إِلَّا بَعْدَ كَمَالِ الدَّعْوَى**) الصَّحيحةِ مِن المدَّعِي، فحينئذٍ يسألُه الجوابَ بنحْوِ: «اخرُجْ من دَعْواه» وإن لم يسألْه المُدَّعي فإن أقرَّ لزِمَه ما أقرَّ به من غيرِ احتياجٍ لحكمٍ بخلافِ البيِّنةِ، وللمُدَّعِي أن يطلُبَ من القاضي الحُكمَ عليه فيحكُمُ؛ كأن يقولَ له: «اخرُجْ من حقِّه» أو «كلَّفْتُكَ الخروجَ من حقِّه» أو «ألزمْتُكَ به»، ولو كانت صورةُ الإقرارِ مختلفًا فيها احتِيجَ للحكمِ كما بحَثَه البُلقِينيُّ، فليُتأمَّلْ.

ولا يحكمُ حتَّى يطالِبَه المدَّعي؛ لأنَّ الحكمَ حقُّه، فيتوقَّفُ[1] على إذْنِه، وإن أنكَرَ فللقاضي أن يقولَ للمُدَّعِي: «ألكَ بينةٌ أو شاهدٌ مع يمينِك؟» حيثُ ثبتَ الحكمُ بهما، أو «تحلِفُ» إن كانَتِ اليمينُ في جانبِه، والأَوْلى أن يسكُتَ عن ذلكَ، نعَمْ إن جهِلَ المدَّعِي أنَّ له إقامةَ البيِّنةِ وجَبَ إعلامُه كما أفهَمَه كلامُ «المهذَّبِ»[2] وغيرِه، وقال البُلقِينيُّ: إن علِمَ علْمَه بذلكَ فالسُّكوتُ أَوْلى، وإن شكَّ فالقولُ أَوْلى، وإن عَلِمَ جهْلَه به وجَبَ إعلامُه. فإن قال: «لي بينةٌ» وأقامَها سمِعَها القاضي وحكَمَ بها كما سيأتِي، وإن قال: «أُريدُ تحليفَه» ولو مع قوْلِه: «لي بينةٌ» فله ذلك، فإن حلَفَ فالقولُ قوْلُه، وإن نكَلَ حلَفَ المدَّعِي على ما سيأتِي.

(**وَ**) لكن (**لَا يُحَلِّفُهُ**) القاضي (**إِلَّا بَعْدَ سُؤَالِ الْمُدَّعِي**) تحليفَه؛ لأنَّ الحقَّ في اليمينِ له، فاحتِيجَ لإذْنِه، فإن حلَّفَه قبلَ سُؤالِه لم يعتَدَّ به على الأصحِّ، وله بعدَ تحليفِه إقامةُ البيِّنةِ والشَّاهدِ مع اليمينِ، ولو قال: «لا بينةَ لي» وأطلَقَ، أو زادَ «لا حاضرَةَ ولا غائبَةَ»، أو «كلُّ بينةٍ أقيمُها باطلةٌ أو كاذبةٌ أو زورٌ»، ثُمَّ أَتَى ببينةٍ قُبِلَتْ؛ لأنَّه ربَّما لم يعرِفْ، أو نسِيَ ثُمَّ عرَفَ أو تذكَّرَ، ولو قال: «شُهودي فسقَةٌ أو عبيدٌ» ثُمَّ جاءَ بعُدولٍ فإن مَضَتْ مدَّةُ استبراءٍ أو عتَقَ قُبِلَتْ شهادتُهم، وإلَّا فلا.

---

(١) في (ش): «فيتوقف الحكم».

(٢) «المهذب في فقه الإمام الشافعي» (٣/ ٣٩٥).

(وَلَا يُلَقِّنُ خَصْمًا) مدَّعِيًا أو مدَّعًى عليه (حُجَّةً) له بأن يضُرَّ الآخَرَ؛ كأن يقولَ: قُلْ كذا، (وَلَا يُفْهِمُهُ كَلَامًا) يضُرُّ الآخَرَ؛ كأن يقصِدَ المُدَّعَى عليه الإقرارَ، فيُعرِّضُ له بالإنكارِ أو بقصْدِ النُّكولِ فيجرِّئُه على اليمينِ.

نعَمْ أطلَقَ الشَّيخانِ[1] خلافًا فيما لو عَلِمَ المُدَّعي كيفَ تصِحُّ الدَّعْوى، وجزمَ في «الرَّوضِ»[2] بالجوازِ.

قال في «شرحِه»[3]: لكن الذي عليه الأكثرون ورجَّحَه صاحبُ «التَّنبيه»، وأقرَّه عليه النَّوَوِيُّ، وجزمَ به صاحبُ «الأنوارِ»، وقال الرُّويانِيُّ وغيرُه: إنَّه المذهَبُ «عدمُ الجوازِ»، كما لا يجوزُ أن يعلمَه احتجاجَه.

ولو قال له: «استعِنْ بمَنْ ينوبُ عنكَ» فإن أرادَ في الاحتجاجِ لم يجُزْ، وإن أرادَ في تحقيقِ الدَّعْوى جازَ، قاله المَاوَرْدِيُّ[4].

ولا يُعيِّنُ له مَن يستعينُ به، ولا يذُبُّ عن أحدِهما ما لزِمَه، وأن يشفَعَ لأحدِهما عندَ الآخرِ، ولا بأسَ أن يسأَلَ المُدَّعي عن قبْضِه الدَّراهمَ المُدَّعاةَ، ويُندَبُ له ندْبُهما إلى صلحٍ يُرجَى، ويُؤَخِّرُ له الحكمُ يومًا أو يومَيْن برِضاهما لا بغيرِه.

(وَلَا يَتَعَنَّتُ بِالشُّهَدَاءِ) بزيادةِ الباءِ أي: لا يُشدِّدُ عليهم؛ كأن يقولَ لهم: «لم تشْهَدونَ» و«ما هذه الشَّهادةُ؟».

قال الشَّافعيُّ: ولا يجوزُ أن يتعنَّتَ الشَّاهدَ[5].

---

(١) «الشرح الكبير» (١٢/ ٤٩٤- ٤٩٥)، و«روضة الطالبين» (١١/ ١٦١- ١٦٢).

(٢) «روض الطالب» (٢/ ٧٧٠).

(٣) «أسنى المطالب» (٤/ ٣١٠).

(٤) «الحاوي الكبير» (١٦/ ٢٧٨).

(٥) في (ش): «على الشاهد». وفي (ن): «للشاهد».

قال المَاوَرْدِيُّ[1]: وهو من ثلاثةِ أوجهٍ:

الأوَّلُ: أن يظْهِرَ التَّكبُّرَ عليه والاستهزاءَ به، وهو ظاهرُ السَّتْرِ وافرُ العقْلِ.

والثَّاني: أن يسألَهَ مِن أينَ علمْتَ هذا؟ وكيف تحمَّلْتَ؟ ولعلَّكَ سهَوْتَ.

والثَّالثُ: أن يتبعَه في ألفاظِه ويُعارِضَه؛ لأنَّ فيه ميلًا إلى المشـهودِ له وإفضاءً إلى ترْكِ الشَّهادةِ، ولا يجوزُ أن يصرُخَ على الشَّاهِدِ ولا ينتهرَه.

(**وَلا تُقْبَلُ الشَّـهَادَةُ إِلَّا مِمَّنْ ثَبَتَتْ عَدَالَتُهُ**) وإن رضِيَ الخَصمُ بغيرِه، فإن عَلِمَ القاضي عدالةَ الشُّهودِ عمِلَ بعلْمِه ولـم يحتَجْ لتزكيتِهم وإن طلَبَها الخَصمُ، نعَمْ لا يعمَـلُ بعلْمِه في أصْلِه وفرْعِه لعدمِ قبـولِ تزكيتِه لهما، وإلَّا وجَبَ عليه طلبُ تزكيتِهم.

وإنِ اعتَـرفَ الخَصمُ بعدَ التُّهمِ ولو كان المُدَّعى به عينَ مالٍ فطلَبَ المدَّعي أو رَأى الحاكمُ انتزاعَه وجعْلَه مع عدلٍ إلى التَّزكيةِ أُجيبَ، فإن تلِفَتْ مع العدلِ لـم يضمَنْ هـو ولا القاضي، بل المُدَّعـى[2] عليه إن ثبتَتْ للمُدَّعِي لا عكْسُـه، وليسَ للقاضي جعْلُها مع المُدَّعي، فإن فعَلَ فتلِفَتْ عندَه ثُمَّ ثبتَتْ له لم يضمَنْها المُدَّعى عليه، وإن كان دَينًا لم يَسـتوْفِ قبلَ التَّزكيةِ، فلو طلَبَ المُدَّعي الحَجْرَ قبلَهـا لم يُجَبْ إليـه، وإن كان يتَّهِمُه بحيلةٍ؛ لأنَّ ضررَ الحَجْرِ في غيرِ المَشـهودِ به عظيمٌ، وقضيَّتُه كما في «شـرحِ الرَّوضِ»[3] أنَّه يُجِيبُه إلى الحَجْرِ في المشـهودِ به وحدَه، قال الزَّرْكَشِـيُّ: وينبَغِي أن يُسـتثْنى ما لو كان الحقُّ لصَبيٍّ أو مَجنونٍ أو مَحجورٍ عليه بسَـفَهٍ، ولهـذا قالُوا في الفَلَسِ: إنَّ الحاكِـمَ يحجُرُ لمَصلحتِهم بلا التماسٍ.

---

(١) «الحاوي الكبير» (١٦/ ٢٧٧).

(٢) في (ج)، (ش)، (ن): «إن المدعى».

(٣) «أسنى المطالب» (٤/ ٣٦٣).

(وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ عَدُوٍّ عَلَى عَدُوِّهِ) وهو مَن يتمنَّى زوالَ نعمتِه، ويفرَحُ بمُصيبتِه، ويحزَنُ بمَسرَّتِه، وذلكَ قد يكونُ مِن الجانبيْنِ، وقد يكونُ من أحدِهما فيختَصُّ بردِّ شهادتِه على الآخَرِ، وقد تُفضِي العَداوةُ إلى الفسْقِ فتُرَدُّ شهادتُه مُطلقًا.

ولا تُقبلُ شهادتُه على قاذفِه ولو قبلَ طلَبِ الحَدِّ لظهورِ العَداوةِ، ولو شهِدَ عليه فقذَفَه المشهودُ عليه لم يُؤثِّرْ فيحكُمُ بها الحاكمُ، ولو عادَى مَن سيشهَدُ عليه وبالَغَ في خِصامِه ولم يجِبْه ثُمَّ شهِدَ عليه قُبِلَتْ شهادتُه؛ لئلَّا يتَّخذَ ذلكَ ذريعةً إلى ردِّها، أمَّا شهادةُ العَدوِّ لعَدوِّه فمقبولةٌ.

(وَلَا) تُقبَلُ **(شَهَادَةُ وَالِدٍ)** وإن عَلَا **(لِوَلَدِهِ)** وإن سفُلَ، **(وَلَا)** شهادةُ **(وَلَدٍ)** وإن سفُلَ **(لِوَالِدِهِ)** وإن عَلَا، نعَمْ لوِ ادَّعى السُّلطانُ على شخصٍ بمالٍ لبيتِ المالِ فشَهِدَ له به أصْلُه أو فرْعُه قُبِلَتْ كما قالَه المَاوَرْدِيُّ؛ لعُمومِ المُدَّعى به، وقضيَّةُ كلامِهم أنَّه لو شهِدَ لأحدِ ابنَيْه على الآخَرِ لم تُقبلْ، وبه جزَمَ الغَزَالِيُّ، لكن جزَمَ ابنُ عبدِ السَّلامِ بقبولِها[1]، وبه أفْتَى ابنُ الْجُمَّيْزِيِّ[2]؛ لأنَّ الوازعَ الطَّبعِيَّ قد تعارَضَ فضعُفَتِ التُّهمةُ المُعارِضةُ.

واعلمْ أنَّه يجوزُ الدَّعْوى على الغائبِ، وقضاءُ القاضي عليه في كلِّ ما ليس عقوبةً للهِ تعالى وإن كان في غيرِ مَحلِّ ولايتِه، بشرطِ ألَّا يدعِيَ المُدَّعي إقرارَه، وأن يكونَ له بيِّنةٌ ولو شاهدًا ويمينًا فيما يثبُتُ بهما، وأن يحلِفَ بعدَ إقامةِ البيِّنةِ وتعديلِها أنَّ الحقَّ ثابتٌ في ذمَّتِه فيما إذا ادَّعى دَينًا، فإنِ ادَّعى غيرَه كعَينٍ حلَفَ على ما يليقُ بذلكَ، وكالبيِّنةِ علْمُ القاضي دونَ الإقرارِ واليمينِ المردودةِ لتعذُّرِهما هنا.

---

(١) فوقه في (ع): «ضعيف».

(٢) «أسنى المطالب» (٤/ ٣٥١).

وحيثُ ثبَتَ المالُ على الغائبِ وحكَمَ به القاضي، فإن كان للغائبِ مالٌ حاضرٌ أو دَينٌ ثابتٌ على حاضرٍ وفَّاه القاضي منه إذا طلَبَه المُدَّعي، وإن لم يكُنْ له مالٌ حاضرٌ أو لم يحكمْ وسأَلَ المُدَّعي إنهاءَ الحالِ إلى قاضي بلدِ الغائبِ، وجَبَ إجابتُه فيكتُبُ إليه كتابًا ينهِي فيه سماعَ البيِّنةِ ليُحكَمَ بها بعدَ تعديلِها إن لم يعدلْها الكاتبُ، ثُمَّ يستوفي الحقَّ أو ينهِي الحكمَ إن حكَمَ ليستوفِيَ الحقَّ، ويذكُرُ في الكتابِ ما يتميَّزُ به المشهودُ عليه والمشهودُ له أوِ المحكومُ عليه والمحكومُ له مِن اسمٍ ونسبٍ وصِفةٍ وحِليةٍ، وأسماءَ الشُّهودِ وتاريخَه، والمتَّجِهُ جوازُ إنهاءِ سماعِ شاهدٍ واحدٍ ليضُمَّ إليه المكتوبَ إليه آخرًا ويمينَ المدَّعي ويحكمَ له، وكذا إنهاءُ علْمِه كما قاله السَّرخسِيُّ واعتمَدَه البُلقِينيُّ؛ لأنَّ علْمَه كقيامِ البيِّنةِ، وخالَفَ صاحبُ «العدَّةِ» لأنَّه الآنَ شاهدٌ لا قاضٍ، ولا بدَّ مِن شاهديْنِ على ما ينهِيه عندَ المكتوبِ إليه كما قال.

(**وَلَا يُقْبَلُ كِتَابُ قاضٍ إِلَى قاضٍ فِي الأَحْكَامِ**) أي: في أحكامِه أوِ الثبوتِ عندَه (**إِلَّا بَعْدَ شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ**) ذكريْنِ عدليْنِ، فلا يكْفِي غيرُ رجليْنِ ولو في مالٍ فيقرؤُه الكاتبُ أو غيرُه بحضرتِه، ويقولُ: «أشهِدُكُما أنِّي كتبْتُ إلى فلانٍ بما فيه»، ولا يكْفِي «أشهِدُكُما أنَّ هذا خطِّي» أو «أنَّ ما فيه حُكْمي».

ويخرجانِ معَه (**يَشْهَدَانِ**) عندَ المكتوبِ إليه (**بِمَا فِيهِ**) بعدَ حضورِ الخصْمِ؛ لأنَّ الاعتمادَ عليهما حتَّى لو خالَفَاه أو ضاعَ أوِ انمَحَى ما فيه فالعِبرةُ بهما، والكتابُ إنَّما هو سُنَّةٌ ليتذكَّرَا به، ولو كتَبَ لمُعيَّنٍ فشهِدَ الشَّاهدانِ عندَ غيْرِه أمْضَاه؛ لأنَّ الاعتمادَ على الشَّهادةِ.



(فَصْلٌ)
في القسمة

وهي تَمييزُ بعْضِ الحِصصِ مِن بعضٍ.

(**وَيَفْتَقِرُ القَاسِمُ**) إن كان هو الإمامَ، أو منصوبَه، أو محكمَ الشَّركاءِ في صحَّةِ كونِه قاسمًا (**إِلَى سَبْعَةِ شَرَائِطَ**) جمْعُ شريطةٍ بمعنى خِصلةٍ مشروطةٍ: (**الإِسْلَامُ، وَالبُلُوغُ، وَالعَقْلُ، وَالحُرِّيَّةُ، وَالذُّكُورِيَّةُ، وَالعَدَالَةُ**) وقولُه: (**وَالحِسَابُ**) أي: معرفةُ الحسابِ الشَّاملِ لمعرفةِ المساحةِ؛ لأنَّها قسمٌ مِن الحسابِ، محلُّه إن نصبَ للقسمةِ مُطلقًا أو لِما يحتاجُ إليه، وكذا يفتقِرُ إلى بقيَّةِ ما يتوقَّفُ عليه قبولُ الشَّهادةِ، مِن نحْوِ ضبطٍ ونُطقٍ وسمْعٍ وبصرٍ؛ لأنَّ نصبَه لذلكَ ولايةٌ، وفيها إلزامٌ كالقضاءِ.

(**فَإِنْ تَرَاضَيَا**) الكاملانِ، أوِ الشَّركاءُ الكاملونَ، وأبدَلَ مِن الألفِ قولَه: (**الشَّرِيكَانِ**) أي: أن يقْسِمَا بأنفسِهما، أو يقتَسِمونَ بأنفسِهم، جازَ ذلكَ، وإن تَرَاضَيا أو تَرَاضَوْا (**بِمَنْ يَقْسِمُ بَيْنَهُمَا**) أو بينَهم جازَ ذلكَ أيضًا، و(**لَمْ يَفْتَقِرِ**) القاسِمُ حينئذٍ (**إِلَى ذَلِكَ**) المذكورِ مِن الشَّرائطِ المذكورةِ، بل يفتقِرُ إلى التَّكليفِ فقَطْ؛ لأنَّه وكيلٌ عنهم، فيجوزُ كوْنُه رقيقًا وامرأةً وفاسقًا، إلَّا أن يكونَ فيهم محجورٌ عليه فيفتقِرُ إلى ما ذُكِرَ.

وعلى الإمامِ حيثُ لم يجِدْ متبرِّعًا واتَّسَعَ بيتُ المالِ نصبُ قاسمٍ فأكثَرَ في كلِّ محلٍّ بحسبِ الحاجةِ، ويرزُقُه من بيتِ المالِ من سهمِ المصالحِ، فإن وجَدَ متبرِّعًا أو تعذَّرَ بيتُ المالِ لضيقِه أو غيرِه لم ينصبْ أحدًا إلَّا إن سأَلَ الشَّركاءُ أو بعضُهم، وأجرتُه عليهم حينئذٍ، وإنِ اكترَوا قاسمًا وعيَّنَ كلٌّ قدرًا لزِمَه، وإن أطلَقُوا المُسمَّى وُزِّعَ عليهم بقدْرِ الحِصصِ المأخوذةِ.

(وَإِنْ كَانَ فِي القِسْـمَةِ تَقْوِيمٌ) فإن لم يجعلِ الإمامُ القاسمَ حاكمًا في التَّقويمِ (لَـمْ يُقْتَصَرْ) بالبناءِ للمفعولِ (فِيـهِ) أي: في التَّقويمِ باعتبارِ المُقـوِّمِ (عَلَى أَقَلَّ مِنْ) مقوِّميْنِ (اثْنَيْنِ) يقسمانِ بأنفسِهما لاشتراطِ العددِ في المُقوِّمِ؛ لأنَّ التَّقويمَ شـهادةٌ بالقيمةِ، ومنه يُعلَمُ أنَّ اعتبارَ العددِ لأجْلِ التَّقويمِ لا القسـمةِ، إذ يكْفِي فيها الواحدُ، وإن جعلَه حاكمًا في التَّقويمِ عمِلَ فيه بقولِ ذكريْنِ عدليْنِ يشهدانِ عندَه، وقسمَ بنفسِه، وله العملُ بعلْمِه إن أحسَنَ التَّقويمَ.

(وَإِذَا دَعَا أَحَدُ الشَّـرِيكَيْنِ) مثلًا أو وليُّه إن كانت غبطةُ مولِّيه في القسـمةِ بل عليـه طلَبُها حينئذٍ، وإلَّا امتنَعَ طلَبُها (شَـرِيكَهُ) أو وليَّه (إِلَى قِسْـمَةِ مَا لَا ضَرَرَ فِيـهِ) أي: في قسـمتِه، وكان حصَّةُ الدَّاعي تصلُحُ لِما يُقصَدُ مِن ذلكَ المقسـومِ وإن لـم تصلُحْ حصَّةُ المدْعُـو[1] لذلكَ (لَزِمَ الآخَرَ) وهو الشَّـريكُ المَدْعو أوِ الوليُّ المَدْعو وإن لم يكُنْ لمُولِّيه فيها غبطةٌ (إِجَابَتُهُ) حتَّى تلزَمُ الأجرةُ في مالِ المَوْلـى وإن لم يكُنْ فيهـا غبطةٌ، بخلافِ ما لو كانت حصَّـةُ الدَّاعي لا تصلُحُ لِما ذُكِرَ، كما لو كان له حصَّةٌ مِن دارٍ لا تصلُحُ للسُّـكْنى أو مِن حمَّامٍ لا تصلُحُ لكونِها حمَّامًا، فلا يلزَمُ الآخَرَ إجابتُه.

وخرَجَ بما لا ضرَرَ في قسـمتِه: ما في قسـمتِه ضررٌ، فإن بطَلَ نفْعُه بالقسـمةِ كنفيـسِ الجواهـرِ والثِّيابِ لم يجبِ الحاكـمُ إليها ويمنَعُهمـا إن تولَّيَاها، وإلَّا كسيفٍ يُكسَرُ لم يجبْهُما إليها ولا يمنَعُهما منها.



(١) في (ش)، (ج)، وهامش (ع) وفوقه نخ: «المذكور».

(فَصْلٌ)
في أحكامٍ تتعلَّقُ بالدَّعْوَى

(**وَإِذَا كَانَ مَعَ المُدَّعِي بَيِّنَةٌ**) تثبِتُ مدَّعاه أو شاهدٌ ويمينٌ كذلكَ (**سَمِعَهَا الْحاكِمُ**) أي: أصْغَى إليها (**وَحَكَمَ لَهُ**) بسؤالِه (**بِهَا**) بعدَ ثبوتِ عدالتِها بالتَّزكيةِ أو بعلْمِه كما تقدَّمَ، وله الحكمُ بسؤالِه عقِبَ ثبوتِ العَدالةِ، لكِنِ الأَوْلى أن يقولَ للمُدَّعَى عليه: هل لكَ دافعٌ في البيِّنةِ أو غيرِها ومهلةٌ ثلاثةُ أيَّامٍ فأقلَّ إن طلَبَ ذلكَ.

(**وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ**) ولا شاهدٌ ويمينٌ (**فَالْقَوْلُ قَوْلُ المُدَّعَى عَلَيه مَعَ يَمِينِهِ**) بعدَ طلَبِ خصْمِه وتحليفِ القاضي، فيلْغُو قبلَ طلبِ الخصْمِ، أو تحليفِ القاضي وتكون اليمينُ على حسبِ جوابِه، حتَّى لوِ ادُّعِيَ عليه مالٌ مضافٌ إلى سببٍ كـ «أقرضْتُكَ كذا» فإن أجابَ بنفْيِ السَّببِ حلَفَ كذلكَ، أو بـ «لا يستحِقُّ عليَّ شيئًا» أو «لا يلزَمُني تسليمُ شيءٍ» حلَفَ كذلكَ، ولا يلزَمُه التَّعرُّضُ لنفيِ السَّببِ، فإن تعرَّضَ له جازَ، ومحلُّ تحليفِ المُدَّعى عليه ما لم يبرِّئه المُدَّعي مِن اليمينِ، وإلَّا لم يحلفْه إلَّا بتجديدِ دَعْوى لسقوطِ حقِّه منها في الدَعْوى الأُولى.

(**فَإِنْ**) حلَفَ انقطعَتِ الخُصومةُ في الحالِ لا مُطلقًا، فلو أقامَ المُدَّعي بعدَ الحلِفِ حجَّةً ولو شاهدًا ويمينًا حُكِمَ بها، وإنِ استمهَلَ عندَ استحلافِه لم يُمهَلْ إلَّا برِضَا المُدَّعي، أو عندَ ابتداءِ الجوابِ أُمهِلَ إلى آخِرِ المجلسِ إن رَآه القاضي.

وإنْ (**نَكَلَ عَنِ اليَمِينِ**) أي: امتنَعَ منها ووجد حُكِمَ بنكولِه حقيقةً؛ كقولِ القاضي: «جعلْتُكَ ناكلًا» أو «نكلْتُكَ»، أو حكمًا؛ كقولِه بعد امتناعِه أو سكوتِه

للمُدَّعِي: «احلِفْ»، وإقبالِه عليه لتحليفِه (رُدَّتْ) أي: اليمينُ أي: ردَّهَا القاضي (عَلَى الْمُدَّعِي) إن كان يدَّعِي لنفْسِه فلا اعتبارَ بحلِفِه قبلَ أمْرِ القاضِي (فَيَحْلِفُ وَيَسْتَحِقُّ)، وحينئذٍ لا تُسمَعُ بينةُ المُدَّعى عليه بنحْوِ أداءٍ أو إبراءٍ، سواءٌ كان المُدَّعى عينًا أو دَينًا؛ لأنَّ اليمينَ المردودةَ كإقرارِ المُدَّعى عليه على الأظهرِ.

وإنِ امتنعَ مِن الحلِفِ بلا عذرٍ سقَطَ حقُّه مِن المُطالبةِ ومِن اليمينِ، ولا ينفعُه بعدَ ذلكَ إلَّا البيِّنةُ ولو شاهدًا ويمينًا، وليس له ردُّ اليمينِ على المُدَّعى عليه؛ لأنَّ المردودةَ لا تُردُّ، وإن لم يمتنِعْ منه بلا عذرٍ، بل قال: «أريدُ إقامةَ بينةٍ» أوِ «النَّظرَ في حسابي مثلًا» أُمهِلَ ثلاثًا، فإن عادَ بعدَ ذلكَ للحلِفِ مُكِّنَ منه.

وليسَ للمُدَّعى عليه بعدَ النُّكولِ والحُكمِ به العَودُ إلى الحلِفِ إلَّا برضا المُدَّعي، ولو رَضِيَ جازَ له العَودُ إليه، لكِن إن نكَل لم يحلِفِ المدَّعي يمينَ الرَّدِّ لسقوطِ حقِّه برضاه بيمينِ الخصْمِ، ولو أرادَ العَودَ إليه بعدَ النُّكولِ الخالِي عنِ الحكمِ ولو بعدَ هرَبِه[1] وعودِه مُكِّنَ منه.

وخرَجَ بقوْلِنا: «إن كان يدَّعِي لنفسِه»: ما لوِ ادَّعى على متَّهمٍ بمالِ ميتٍ وارثُه بيتُ المالِ فأنكَرَ ونكَلَ، أوِ ادَّعى قيِّمُ الوقْفِ أوِ المسجد شيئًا لهما، فأنكَرَ المدَّعى عليه ونكَلَ، أوِ ادَّعى الوصِيُّ على الوارثِ وصيَّةً للفقراءِ فأنكَرَ ونكَلَ فيحبِسُه المدَّعى عليه في الصُّورِ الثَّلاثِ إلى أن يقِرَّ أو يحلِفَ.

وما لوِ ادَّعى وليُّ صبيٍ أو مجنونٍ شيئًا لمولِّيه فأنكَرَ المدَّعى عليه ونكَلَ، فلا تحليفَ ويُنتظَرُ بلوغُ الصَّبيِّ وإفاقةُ المجنونِ، وكذا لوِ ادُّعيَ عليه شيءٌ على مُولِّيه فأنكَرَ لم يحلِفْ ويُنتظَرُ ما ذُكِرَ.

---

(١) في (ش)، (ع): «هرابه».

ولو أثبَتَ الوليُّ ما ادَّعى به لمُولِّيه فادَّعى الخصْمُ أداءً ونحْوَه أُخِذَ منه حالًا وأُخِّرَتِ اليمينُ على نفْيِ العلمِ إلى كمالِ المولِّي، ولوِ ادَّعى وليُّ المحجورِ عليه بسفَهٍ له شيئًا وأنكرَ خصْمُه ونكَلَ، فإنَّه يحلِفُ ويقولُ ويلزَمُه التَّسليمُ إلى وليِّ ولا يقول إليَّ.

(وَإِذَا تَدَاعَيَا) أي: شخصان **(شَيْئًا فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، فَالقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ اليَدِ)** عملًا باليد، فإن أقامَ كلٌّ منهما بيِّنةً بملْكِه له قُدِّمَتْ بيِّنةُ صاحبِ اليدِ من غيرِ احتياجٍ ليمينٍ لترجُّحِها بيدِه، ويُسمَّى الدَّاخلُ والآخرَ الخارجُ.

ولو أقامَ شاهدًا وحلَفَ معَه قُدِّمَ أيضًا وإن كانت بيِّنةُ الآخرِ شاهديْنِ، نعَمْ إن شهِدَتْ بيِّنةُ الخارجِ بأنَّه اشتراها مِن الدَّاخلِ أو مِن بائعِه، أو أنَّ أحدَهما غصبَها منه قُدِّمَتْ بيِّنةُ الآخَرِ لبطلانِ اليدِ، وكذا لو شهِدَتْ بأنَّ الدَّاخلَ أقرَّ له بالملْكِ إلَّا إن ذَكَرَتْ بيِّنةُ الدَّاخلِ انتقالًا ممكِنًا مِن المقرِّ له إليه، ولا تُسمَعُ بيِّنةُ الدَّاخلِ إلَّا بعدَ بيِّنةِ الخارجِ، ولو قبلَ تعديلِها.

(وَإِنْ كَانَ) الشَّيءُ الذي تداعَيَاه **(فِي يَدِهِمَا)** ولا بيِّنةَ لأحدِهما **(تَحَالَفَا)** أي: حلَفَ كلٌّ للآخرِ **(وَجُعِلَ بَيْنَهُمَا)** نصفيْنِ، وكذا لو نكَلَا عنِ اليمينِ وأقامَ كلٌّ منهما بيِّنةً بما في يدِ الآخَرِ فقَطْ، فإن أقامَ كلٌّ منهما بيِّنةً بالجميعِ فكذلكَ، لكن يحتاجُ المُدَّعي أولًا إلى إعادةِ بيِّنتِه للنِّصفِ الذي بيدِه؛ لأنَّها أُقيمَتْ بالنِّسبةِ إليه قبلَ بيِّنةِ الخارجِ، وإن حلَفَ أحدُهما فقَطْ أو أقامَ فقَطْ بيِّنةً به حُكِمَ له بجميعِه، سواءٌ شهِدَتْ بيِّنتُه بجميعِ الشَّيءِ أو بالنِّصفِ الذي بيدِ الآخَرِ.

وإن كان ذلكَ الشَّيءُ الذي تداعَيَاه في يدِ ثالثٍ فالقولُ قوْلُه بيمينِه لكلٍّ منهما، فإن أقامَ كلٌّ منهما بيِّنةً سقَطَتا لتعارُضِهما، فيحلفُ لكلٍّ منهما يمينًا، ولو أقرَّ لأحدِهما قبلَ البيِّنةِ أو بعدَها قُدِّمَتْ بيِّنتُه، وإن كان لا بيدِ أحدٍ وأقامَا

بيِّنتيْنِ سـقَطَتَا لتعارضِهما أيضًا، نعَمْ محلُّ تعارضِهما هنا وفيما لو كان بيدِهما أو يدِ ثالثٍ ما لم يسبقْ تاريخُ إحداهما، فلو شهِدَتْ إحداهما بالملْكِ من سَنةٍ والأُخرى بالملْكِ من أكثرَ رُجِّحَتِ الأُخرى.

(**وَمَـنْ حَلَفَ**) أي: أرادَ الحلِفَ (**عَلَى فِعْلِ نَفْسِـهِ**) إثباتًا أو نفيًا (**حَلَفَ عَلَى البَتِّ**) وفسَّرَه بقولِه: (**وَهُوَ القَطْعِ**) أي: الجزمِ فلا يكْفِي حلِفُه على نفْيِ العلْمِ.

(**وَمَنْ حَلَفَ**) أي: أرادَ الحلِفَ (**عَلَى فِعْلِ غَيْرِهِ، فَإِنْ كَانَ**) ذلكَ الفعلُ (**إِثْبَاتًا**) بـأن أُريدَ إثباتُه (**حَلَـفَ عَلَى البَتِّ وَالقَطْعِ**) أي: الجـزم (**وَإِنْ كَانَ**) ذلكَ الفعلُ (**نَفْيًـا**) بأن أُريـدَ نفْيُه (**حَلَفَ عَلَى نَفْـيِ الْعِلْمِ**) ولا يكلَّفُ الحلِـفَ على البتِّ، فـإن حلَّفَه القاضي على البتِّ فقد ظلَمَ وإنِ اعتدَّ به، ولوِ ادَّعى عليه جنايةَ عبْدِه أو بهيمتِـه فأنكرَ حلَـفَ على البتِّ؛ لأنَّ عبدَه مالُه، وفعْلُه كفعلِه، ولذا سُـمِعَتِ الدَعْـوى عليه، ولأنَّه لا ذمةَ لبهيمتِه، والمالـكُ لا يضمَنُ بفعْلِها بل بتقصيرِه في حفْظِهـا، وهو أمرٌ يتعلَّـقُ به، ولو وقَعَ النِّزاعُ فيما ليس فعْـلَ أحدٍ كـ «إن طلَعَتِ الشَّمسُ»، أو «كان الطَّائرُ غرابًا فأنتِ طالقٌ» حلَفَ على البتِّ أيضًا.

نعَمْ لوِ ادَّعى الوديعُ التَّلفَ ورَدَّ اليمينَ على المودعِ المنكرِ حلَفَ على نفْيِ العلْمِ، وإن لم يكُنِ التَّلفُ فعْلَ أحدٍ ولا يُشتَرطُ في جوازِ البتِّ اليقينُ، بل يكْفِي الظَّـنُّ المؤكَّـدُ الحاصِلُ من نحْوِ نكولِ خصْمِه، أو خـطِّ أبيه، أو خطِّه هو وإن لم يتذكَّرْ.



(فَصْلٌ)
فِي الشَّهَادَةِ[1]

(وَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ إِلَّا مِمَّنْ اجْتَمَعَتْ فِيهِ خَمْسُ خِصَالٍ):

(١) (**الإِسْلَامُ**) فلا تُقبَلُ شهادةُ كافرٍ ولو على مثْلِه، وقد يُغنِي عن هذا اشتراطُ العدالةِ، وكأنَّه لدفعِ التَّوهُّمِ، إذ قد يُوصَفُ الكافرُ بالعدالةِ في دِينِه.

(٢-٣) (**وَالْبُلُوغُ، وَالْعَقْلُ**) فلا تُقبَلُ شهادةُ صبيٍّ أو مجنونٍ.

(٤) (**وَالحُرِّيَّةُ**) الكاملةُ، فلا تُقبَلُ شهادةُ مَن فيه رقٌّ.

(٥) (**وَالعَدَالَةُ**) وأرادَ بها ما يشمَلُ المروءةَ بدليلِ ما يأتِي، فلا تُقبَلُ شهادةُ فاسقٍ ولا مَن لا مروءةَ له.

وعبارةُ المُصنِّفِ لا تُنافِي اشتراطَ زيادةٍ على ما ذُكِرَ؛ كالنُّطقِ، وكأنَّ السُّكوتَ عنه لظهورِ اشتراطِه؛ لأنَّه آلةُ أداءِ الشَّهادةِ، وعدمُ الحجرِ بسفَهٍ، وكأنَّ السُّكوتَ عنه لما قيلَ أنَّ ما ذُكِرَ يُغنِي عنه؛ لأنَّه إمَّا ناقصٌ[2] أو فاسقٌ، وفيه نظرٌ؛ إذ ضعفُ عقْلِه لا يقتَضِي انتفاءَه حتَّى يُغنِيَ عنه ذكْرُ العقلِ، وعدمُ التُّهمةِ، وسيأتِي التَّعرُّضُ له آخِرَ الفصلِ، وعدمُ المداومةِ على ترْكِ السُّننِ الرَّاتبةِ وتسبيحاتِ الصَّلاةِ، وبحَثَ الأَذْرَعِيُّ[3] تخصيصَ ذلكَ بالحاضرِ.

ولا تُقبَلُ شهادةُ كثيرِ الغلَطِ والنِّسيانِ للتُّهمةِ، ولا شهادةُ المُغفَّلِ الذي لا يضبِطُ أصلًا أو غالبًا؛ إذ لا يوثَقُ بقوْلِه، نعَمْ إن فسَّرَ شهادتَه وبيَّنَ وقْتَ التَّحمُّلِ ومكانَه قُبِلَتْ لانتفاءِ التُّهمةِ.

---

(١) في (ج)، (ش): «الشهادات».
(٢) في (ع): «ناقص عقل».
(٣) «قوت المحتاج» (١١/ ٥٠٥).

(وَلِلْعَدَالَةِ خَمْسُ شَرَائِطَ) جمْعُ شريطةٍ:

(١) (أَنْ يَكُونَ مُجْتَنِبًا لِلْكَبَائِرِ)؛ كالقتْلِ والزِّنا واللِّواطِ وشـرْبِ الخمرِ وإن لم يسْكِرْ وشرْبِ المُسكرِ من غيرِه وتعمُّدِ تقديمِ الصَّلاةِ على وقْتِها أو تأخيرِها عنه؛ أي: لكلٍّ منها فمَتَى ارتكَبَ واحدةً[١] بطَلَتْ عدالتُه ورُدَّتْ شهادتُه.

(٢) وأن يكـونَ (غَيْرَ مُصِرٍّ) ولو (عَلَى الْقَلِيلِ مِنَ الصَّغَائِرِ) كالنَّظرِ المُحرَّمِ والكـذِبِ الـذي لا حدَّ فيـه ولا ضرَرَ، والإشـرافِ على بيوتِ النَّـاسِ، وهجْرِ المُسلمِ فوقَ ثلاثٍ بلا عُذرٍ، فإن أصرَّ على ما ذُكِرَ بأن غلَبَتْ معاصِيه طاعاتِه[٢] أوِ اسـتَوَيا بطَلَـتْ عدالتُـه ورُدَّتْ شـهادتُه، بخـلافِ مـا إذا غلَبَـتْ طاعاتُه[٣] معاصِيه[٤].

(٣) (وَأَنْ يَكُونَ سَـلِيمَ السَّـرِيرَةِ) جعَلَه الشَّـارحُ[٥] احترازًا عـن أهلِ البدعِ والأهواءِ، ويشْـكِلُ عليه أنَّهم إن كفَرُوا ببدعتِهم كمُنكِـرِي العلْمِ بالمَعدومِ أوِ الجزئيَّاتِ ومنكِرِي حدوثِ العالَمِ أوِ البعثِ أو حشْرِ الأجسادِ[٦] أغْنَى عن ذلكَ اشتراطُ الإسـلامِ، وإن لم يكْفُرُوا ببدعَتِهم؛ كالقائلينَ بخلْقِ القرآنِ، والسَّابِّين للصَّحابةِ، وكمُنكرِي زيادةِ صفاتِ اللهِ تعالى وخلْقه أفعالَ عبادِه، وجوازِ رؤيتِه في الآخـرةِ، فالصَّحيحُ قبولُ شـهادتِهم، نعَـمْ لا تُقبلُ شـهادةُ الخطابيَّةِ لمثْلِهم لتجويزِهم شـهادةَ أحدِهم لصاحبِه بمُجـرَّدِ دَعْواه، اعتمادًا على أنَّه لا يكذِبُ؛ لأنَّ الكـذِبَ عندَهم كفرٌ، فـإن أتَى الخَطَّابِيُّ في شـهادتِه بما ينْفِـي الاحتمالَ؛ كـ«رأيتُ» قُبِلَتْ.

---

(١) في (ش)، (ج): «واحدًا».

(٢) في (ج): «طاعته».

(٣) في (ج): «طاعته».

(٤) في (ج)، (ش): «على معاصيه».

(٥) الحِصني في «كفاية الأخيار» (ص٥٦٧).

(٦) في (ش): «الأجسام».

ويُمكِنُ حمْلُ سلامةِ السَّريرةِ على عدمِ العداوةِ المانعةِ مِن الشَّهادةِ، إذِ العَدوُّ غيرُ سليمِ السَّريرةِ لعَدوِّه، ولا ينافِي ذلكَ قولَه السَّابقَ في مبحثِ القاضِي[1]: ولا تُقبلُ شهادةُ عدوٍّ على عدوِّه كما لم يُنافِ ذكْرُه العَدالةَ هنا قولَه ثَمَّ: ولا تُقبَلُ الشَّهادةُ إلَّا ممَّنْ ثبتَتْ عدالتُه.

(٤) وأن يكونَ (**مَأْمُونًا عِنْدَ الغَضَبِ**) بألَّا يزحزِحَه الغضبُ عنِ الحقِّ، فلا تُقبَلُ شهادةُ غيرِ المأمونِ لسقوطِ الثِّقةِ بقولِه.

(٥) وأن يكونَ (**مُحَافِظًا عَلَى مُرُوءَةِ مِثْلِهِ**) فلا تُقبَلُ شهادةُ غيرِ المُحافظِ عليها؛ لأنَّه ناقصُ العقلِ أو قليلُ المبالاةِ، وعلى التَّقديريْنِ تبطُلُ الثِّقةُ بقولِه: والمُروءةُ تخلُّقٌ بخلقِ أمثالِه في زمانِه ومكانِه، فترُدُّ الشَّهادةُ بتركِه، كأن يمشِيَ في سوقٍ مكشوفَ الرَّأسِ أوِ البدنِ ممَّن لا يليقُ به ذلكَ، أو أكَلَ فيه أو شرِبَ من سِقاياتِه غيرَ السُّوقِيِّ لغيرِ جوعٍ أو عطشٍ شديدٍ، أو مدَّ رجْلَه بلا ضرورةٍ بحضْرَةِ مَن يحتشِمُه، لا نحْوِ إخوانه وتلامذتِه، أو قبَّلَ حليلتَه بحضْرةِ النَّاسِ، أو لبِسَ ما لا يليقُ به حيثُ لا يُعتادُ، أو حمَلَ نحْوَ الأطعمةِ إلى البيتِ حيثُ لا يليقُ به شُحًّا لا اقتداءً بالسَّلفِ، أو أكثَرَ مِن الحكاياتِ المضحكةِ أو مِن سوءِ العشرةِ مع المعاملينَ والأهلِ والجيرانِ، أو مِن المضايقةِ في اليسيرِ، أو أكَبَّ على لعِبِ الشِّطْرَنْجِ أوِ الغناءِ أو سماعِه، وكذا على إنشادِ الشِّعرِ واستنشادِه حتَّى ترَكَ به مهمَّاتِه أو على الرَّقصةِ[2] أوِ الضَّرْبِ بالدُّفِّ، أوِ اتَّخذَ غُلامًا أو جاريةً لتغنِّيَ للنَّاسِ، ومرجعُ الإكثارِ فيها العُرفُ، والأمرُ في جميعِ ما تقرَّرَ يختلِفُ بالأشخاصِ[3] والأحوالِ والأمكنةِ والأزمنةِ، فقد تُستقبَحُ مِن شخصٍ

---

(١) في (ش): «القضاء».
(٢) في (ش): «الرقص».
(٣) في (ج): «باختلاف الأشخاص».

وفي حالٍ أو مكانٍ أو زمنٍ ما لا يُستقبَحُ مِن شخصٍ آخَرَ، أو في حالٍ أو مكانٍ أو زمنٍ آخَرَ.

(**وَالحُقوقُ**) التي يُرادُ الشَّهادةُ بها (**ضَرْبَانِ: حَقُّ**[1] **اللهِ تَعَالَى، وَحَقُّ الْآدَمِيِّ**) وأرادَ الجنسَ فيهما.

(**فَأَمَّا حُقُوقُ الآدَمِيِّينَ فَهِيَ**) منقسِمةٌ (**عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ**):

(١) (**ضَرْبٌ لَا يُقْبَلُ فِيهِ**) النِّساءُ مُطلقًا ولا يقبَلُ فيه (**إِلَّا شَاهِدَانِ ذَكَرَانِ، وَهُوَ مَا لَا يُقْصَدُ مِنْه الْمَالُ، وَيَطَّلِعُ عَلَيه الرِّجَالُ**) غالبًا؛ كنكاحٍ ورَجْعةٍ وطلاقٍ، وإعتاقٍ وإسلامٍ وردَّةٍ وبلوغٍ، وخُلعٍ ادَّعَتْه المرأةُ على زوْجِها، وانقضاءِ عدَّةٍ بالأشهرِ، وعفوٍ عن قِصاصٍ ولو على مالٍ وإن كان المقصودُ حينئذٍ المالَ؛ لأنَّ الجنايةَ في نفْسِها موجبةٌ للقِصاصِ لو ثبتَ، والمالُ إنَّما هو بدلٌ عنه، ووكالةٌ ووصايةٌ وقِراضٌ وشَرِكةٌ؛ لأنَّ هذه الأربعةَ وإن كانت في مالٍ القصْدُ منها الولايةُ والسَّلطنةُ، نعَمْ إن أرادَ في الأخيرَيْنِ إثباتَ حصَّتِه مِن الرِّبْحِ كَفَى رجلٌ وامرأتانِ كما بحَثَه ابن الرِّفْعَةِ؛ أي: أو رجلٌ ويمينٌ كما في الضَّرْبِ الآتِي[2].

(٢) (**وَضَرْبٌ**) لا يُقبَلُ فيه النِّساءُ المُنفرداتُ، وإنَّما (**يُقْبَلُ فِيه شَاهِدَانِ**) ذكرانِ (**أَوْ رَجُلٌ**) واحدٌ (**وَامْرَأَتَانِ، أَوْ شَاهِدٌ**) واحدٌ (**وَيَمِينُ المُدَّعِي**) على استحقاقِه للمشهودِ به بعدَ شهادةِ شاهدِه وتعديلِه ذاكرًا وجوبًا في يمينِه صِدْقَ شاهدِه قبلَ ذكْرِه الاستحقاقَ أو بعدَه؛ نحو: «واللهِ إن شاهدِي لصادقٌ فيما شهدَ به لي» و«أنِّي أستحِقُّه» أو «إنِّي أستحِقُّه» و«إنَّ شاهدِي لصادقٌ فيما شهدَ به لي» فإن ترَكَ اليمينَ وطلَبَ يمينَ خصْمِه فله ذلكَ، فإن حلَفَ خصْمُه

---

(١) في (ع): «ضرب». وكتب بحاشيتها: «نسخة: حق لله»

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٤/ ٣٦١).

سقَطَتِ الدَّعْوى، ومُنِعَ هو مِن العودِ لليمينِ مع شاهدِه ولو في مجلسٍ آخَرَ، ولا يُمنَعُ من إقامةِ بيِّنةٍ كاملةٍ.

ولو أرادَ اليمينَ قبلَ حلِفِ خصْمِه لم يُمكَّنْ منه إلَّا في مجلسٍ آخَرَ **(وَهُوَ)** أي: هذا الضَّرْبُ **(مَا كَانَ الْقَصْدُ مِنْه الْمَالُ)** بأن كان المدَّعى به عَينًا أو دَينًا، أو منفعةً أو عقدًا ماليًّا، أو فسْخَه[1]، أو حقًّا له، أو فعْلًا مَضمونًا بالمال؛ كبيعٍ وحَوالةٍ وضمانٍ ورهنٍ وشُفعةٍ ووقْفٍ، وخُلعٍ ادَّعاه الزَّوجُ، وإقالةٌ وأجَلٌ وخيارٌ وجنايةٌ توجِبُ مالًا.

(٣) **(وَضَرْبٌ يُقْبَلُ فِيهِ)** زيادةٌ على قبولِ الرَّجلَيْنِ **(رَجُلٌ)** واحدٌ **(وَامْرَأَتَانِ)** معَه **(أَوْ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ)** منفرداتٍ ولا يُقبَلُ فيه رجلٌ ويمينٌ، **(وَهُوَ مَا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ)** غالبًا اختصَّ بمعرفتِه النِّساءُ، أو شارَكَهُنَّ فيه الرِّجالُ قليلًا، وذلك كبكارةٍ وثُيوبةٍ ورتْقٍ وقَرنٍ وولادةٍ ورَضاعٍ منَ الثَّديِ، فإن كان مِن إناءٍ لم تُقبلْ فيه النِّساءُ مُنفرداتٍ، وإن قُبِلْنَ في أنَّ ذلكَ اللَّبنَ مِن هذه المَرأةِ، وحيضٍ.

ومرادُ الشَّيخيْنِ[2] بالتعذُّرِ في قولِهما في محلٍّ آخَرَ يتعذَّرُ إقامةُ البيِّنةِ عليه هو التعسُّرُ وعيوبُ النِّساءِ تحتَ ثيابِهِنَّ، ولو جراحةً كما صوَّبَه في «الرَّوضةِ»[3]، وهو ما لا يظهَرُ منهُنَّ غالبًا، بخلافِ ما في وجْهِ الحُرَّةِ أو كفِّها، فلا يثبُتُ إلَّا برجلَيْنِ إلَّا أن يقصِدَ به المالَ، وما يبْدُو عندَ مهنةِ الأمةِ، فإنَّه إن لم يُقصدْ به المالُ كأن قصَدَ فسْخَ النِّكاحِ لم يثبُتْ إلَّا برجلَيْنِ، وإن قصَدَ به المالَ كأنْ قصَدَ به الرَّدَّ بالعيبِ فيثبُتُ بما يثبُتُ به المالُ حتَّى برَجُلٍ ويمينٍ، ولا يثبُتُ شيءٌ بامرأتَيْنِ ويمينٍ.

---

(١) في (ج): «قسمة».

(٢) «الشرح الكبير» (١٣/ ٤٩)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٢٥٤).

(٣) «روضة الطالبين» (١١/ ٢٥٤).

(وَأَمَّا حُقُوقُ اللهِ تَعَالَى) أي: موجباتُها، إذِ المشهودُ به موجبُ الحقِّ لا نفْسُه، (فَلَا تُقْبَلُ فِيها النِّساءُ) لا منفرداتٍ ولا مع الرَّجلِ، ولا الشَّاهدُ واليمينُ.

(وَهِيَ) أي: مُوجباتُها (عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ):

(١) (ضَرْبٌ لا يُقْبَلُ فِيه أَقَلُّ مِنْ أَرْبَعَةٍ) رجالٍ (وَهُوَ الزِّنَا) واللِّواطُ وإتيانُ البهيمة أوِ الميتةِ، وقد يريدُ بالزِّنا ما يشمَلُ جميعَ ذلكَ، ويشتَرطُ تفسيرُهم له كـ «رأيْناه أدخَلَ حشفَتَه أو قدْرَها مِن مقطوعِها في فرْجِ هذه أو فلانةِ الفلانيةِ على سبيلِ الزِّنا» وإن لم يَقُولوا «كالمِرْودِ في المُكْحُلةِ»، واعتبرَ جمْعٌ ذكْرَ مكانِ الزِّنا وزمانِه، واعتبرَ في «التَّنبيهِ»[١] المكانَ تبعًا للشَّيخِ أبي حامدٍ، ورَأَى المَاوَرْدِيُّ[٢] أنَّه إن صرَّحَ بعضُ الشُّهودِ بذلكَ وجَبَ سؤالُ الباقين عنه، وإلَّا فلا، ويجوزُ النَّظرُ إلى الفرْجِ لأجلِ الشَّهادةِ.

وهذا كلُّه بالنِّسبةِ إلى الحدِّ أوِ التَّعزيرِ، أمَّا بالنِّسبةِ لسقوطِ الحَضانةِ والعَدالةِ ووقوعِ الطَّلاقِ المُعلَّقِ بالزِّنا، فيثبُتُ برجليْنِ دونَ غيرِهما كمُقدِّماتِ الزِّنا، وكذا وَطءُ الشُّبهةِ إذا قُصِدَ به النَّسبُ، أو شهِدَ به حسبةً، فإن قُصِدَ به المالُ ثبَتَ بما يثبُتُ به المالُ حتَّى بشاهدٍ ويمينٍ، ويكْفِي في وطءِ الشُّبهةِ أن يقولَ: «وطِئَها[٣] بشبهةٍ»، ولا يُشترَطُ ذكْرُ ما تقدَّمَ في الزِّنا.

(٢) (وَضَرْبٌ يُقْبَلُ فِيهِ اثْنَانِ) من الرِّجالِ دونَ غيْرِهم، (وَهُوَ مَا سِوَى الزِّنَا) وما ذُكِرَ معَه (مِنْ) موجباتِ (الْحُدُودِ)؛ كشُرْبِ المُسكرِ[٤]، والسَّرقةِ، وقطْعِ الطَّريقِ، والإقرارِ بالزِّنا.

---

(١) «التنبيه في الفقه الشافعي» (ص ٢٧٢).
(٢) «الحاوي الكبير» (١٧/ ٢٤٠).
(٣) في (ج): «وطئتها».
(٤) في (ش): «الخمر».

(٣) **(وَضَرْبٍ يُقْبَلُ فِيهِ وَاحِدٌ)** مِن الرِّجالِ دونَ غيْرِهم، **(وَهُوَ هِلَالُ شَهْرِ رَمَضَانَ)** فيثبُتُ رمضانُ بشهادةِ واحدٍ بالنِّسبةِ للصَّومِ وتوابعِه؛ كالتَّراويحِ والاعتكافِ والإحرامِ بالعُمْرةِ المُعلَّقيْنِ بدخولِ رمضانَ دونَ ما عدا ذلكَ؛ كطلاقٍ وعتقٍ وأجل معلقاتٍ بثبوتِه إلَّا إن تعلَّقَتْ بالشَّاهدِ أو تأخَّرَ التَّعليقُ عن ثبوتِه، كأن قيلَ بعدَ ثبوتِه بواحدٍ: «إن كان ثبَتَ رمضانُ فأنتِ طالقٌ» أو «أنتَ حرٌّ»، وكشهرِ رمضان فيما ذُكِرَ شهرٌ معيَّنٌ نذَرَ صوْمَه كما اقْتَضَاه إجراءُ النَّوَوِيِّ في «مجموعِه»[1] خلافَ رمضانَ فيه، وحكاه الإِسْنَوِيُّ وغيرُه عن تصحيحِ الرُّويانِيِّ، وإنِ اعترض بأنَّ المشهورَ خلافُه، وهل يُقبَلُ الواحدُ في طُلوعِ فجرِ رمضانَ ليجِبَ الإمساكُ، وفي إسلامِ كافرٍ قبلَ موتِه ليُصلَّى عليه؟ وجهانِ بناءً على الاكتفاءِ به في رمضانَ، وقضيَّةُ البناءِ القبولُ، وقياسُ ذلكَ قبولُه في هلالِ الحجَّةِ بالنِّسبةِ لوقوفِ عَرفَةَ.

وفي تعبيرِ المُصنِّفِ بشهرِ رمضانَ مراعاةٌ لقولِ الأكثرينَ: يُكرَهُ أن يقالَ: رمضانُ بدونِ شهرٍ، لكن ردَّه النَّوَوِيُّ في «مجموعه»[2] بأنَّ الصَّوابَ خلافُه كما ذهَبَ إليه المُحقِّقونَ لعدمِ ثبوتِ نهيٍ فيه، بل ثبَتَ ذكْرُه بدونِ شهرٍ في أخبارٍ صحيحةٍ.

(وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَعْمَى[3]) ولو على زوجتِه اعتمادًا على صوْتِها، وإن جازَ له وطْؤُها بذلكَ بخلافِ روايتِه إذا حصَلَ الظَّنُّ الغالبُ بضبْطِه، وكالأعمى مَن يُدرِكُ الأشخاصَ ولا يُميِّزُها **(إِلَّا فِي خَمْسَةِ مَوَاضِعَ)** بل وأكثَرَ كما سيظهَرُ:

(١-٢) **(الْمَوْتُ، وَالنَّسَبُ)** لذكرٍ أو أُنثى من أبٍ أو أمٍّ أو قبيلةٍ، كـ «هذا ولدُ فلانٍ» أو «فلانةٍ»، أو «من قبيلةِ كذا».

---

(١) «المجموع شرح المهذب (٦/ ٢٧٦-٢٧٧).

(٢) «المجموع شرح المهذب» (٦/ ٢٤٧).

(٣) في (ش)، (ج): «وأكثر».

(٣) (**وَالْمِلْكُ**) لنحْوِ دارٍ أو أرضٍ معروفةٍ (**المُطْلَقُ**) بأن لم يُضَفْ لسببٍ، فتُقبَلُ شهادتُه في هذه الأمورِ إن لم يحتَجْ إلى تعيينٍ وإشارةٍ اعتمادًا على سماعِ المشهودِ به متكرِّرًا مدَّةً يغلِبُ على الظَّنِّ معَها صحَّةُ ذلكَ مِن جمْعٍ مُسلمينَ ولو أرقَّاءَ وإناثًا يؤمَنُ تواطُؤُهم على الكذبِ، بحيثُ يحصُلُ العلْمُ أوِ الظَّنُّ بصدْقِهم بشرْطِ عدمِ المعارضِ، فلو أنكرَ المنسوبُ إليه نسبَ المنسوبِ أو طعَنَ فيه بعضُ النَّاسِ ولو فاسقًا امتنَعَ اعتمادُ السَّماعِ، ولو ذكَرَ بأنَّ مستندَه السَّماعُ لم يضُرَّ إلَّا إن ظهَرَ بذكْرِه تردُّدٌ في الشَّهادةِ.

ويؤخذُ ممَّا تقرَّرَ أنَّ السَّماعَ أعمُّ مِن التَّواترِ الذي لا ينفَكُّ عنه العلْمُ، فلو تحقَّقَ اتَّجَه عدمُ اشتراطِ الإسلامِ.

وخرَجَ بتقييدِ الملْكِ بالمُطلقِ المضافُ لسببٍ، فإنِ استفاضَ سببُه كالبيعِ لم يصِحَّ اعتمادُ السَّماعِ فيه إلَّا الإرثَ، وجوازُ الاعتمادِ في الشَّهادةِ على السَّماعِ المذكورِ هو الصَّحيحُ، لكنَّه لا يتقيَّدُ بهذه الثَّلاثةِ، بل يجْرِي في غيْرِها أيضًا كالعِتقِ والولاءِ والنِّكاحِ.

وكما يجوزُ الاعتمادُ على السَّماعِ في الشَّهادةِ يجوزُ الاعتمادُ عليه في الحلِفِ بل أَوْلى.

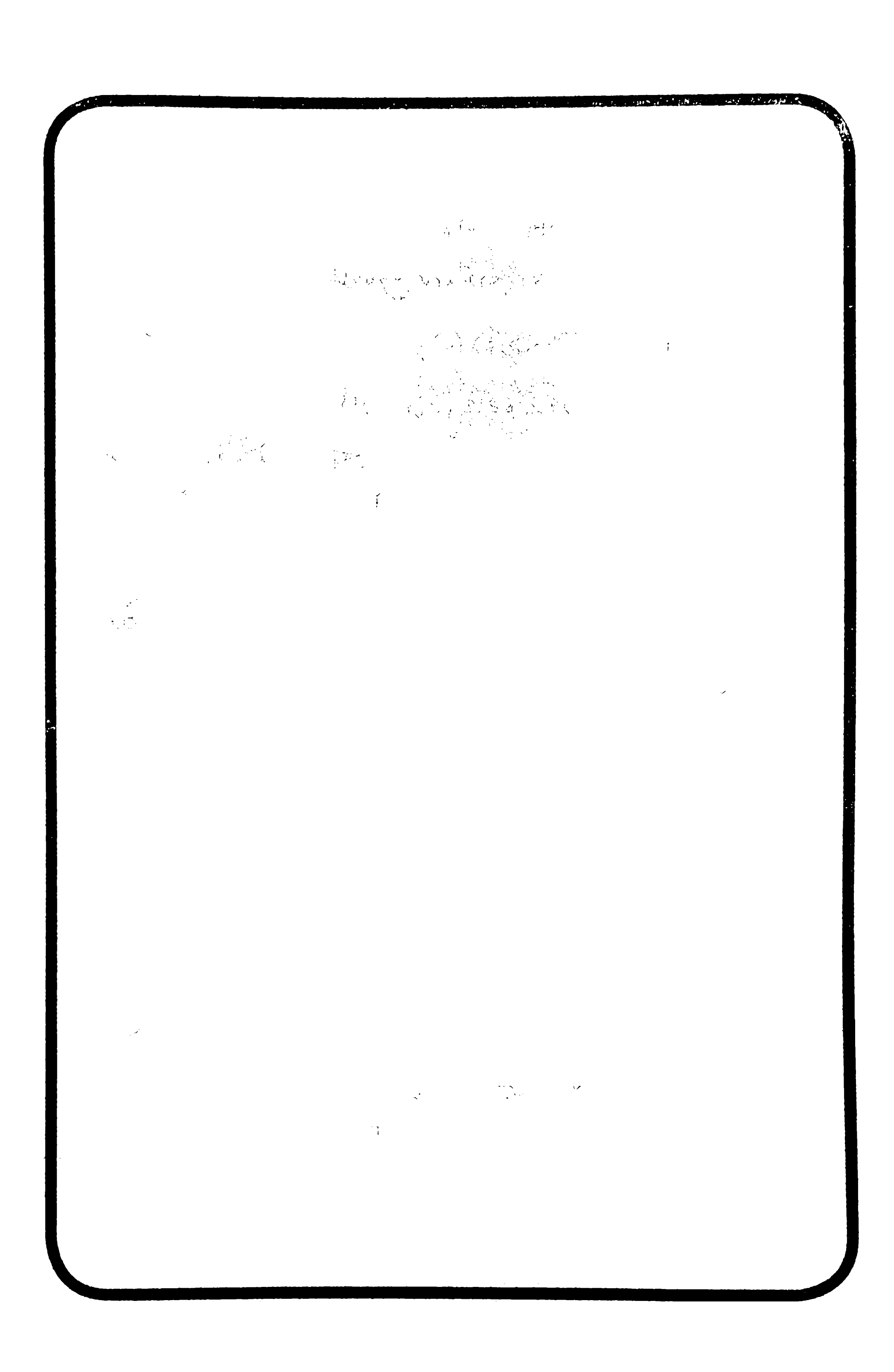
(٤) (**وَالتَّرْجَمَةُ**) بأن يترجِمَ كلامَ الخصْمِ أوِ الشُّهودِ للقاضي؛ لأنَّ التَّرجمةَ تفسيرُها لما يسمَعُ فلم يحتَجْ لمُعاينةٍ وإشارةٍ، وكالتَّرجمةِ إسماعُ قاضٍ به صمَمٌ، ويُشترَطُ فيهما الإتيانُ بلفظِ الشَّهادةِ كما يُستفادُ من كلامِ المُصنِّفِ.

(٥) (**وَمَا شَهِدَ بِهِ**) أي: تحمَّلَ الشَّهادةَ (**قَبْلَ العَمَى**) إن كان المشهودُ له والمشهودُ عليه معروفَيِ الاسمِ والنَّسبِ، (**وَ**) إلَّا (**عَلَى**) الشَّخصِ أوِ الأمرِ

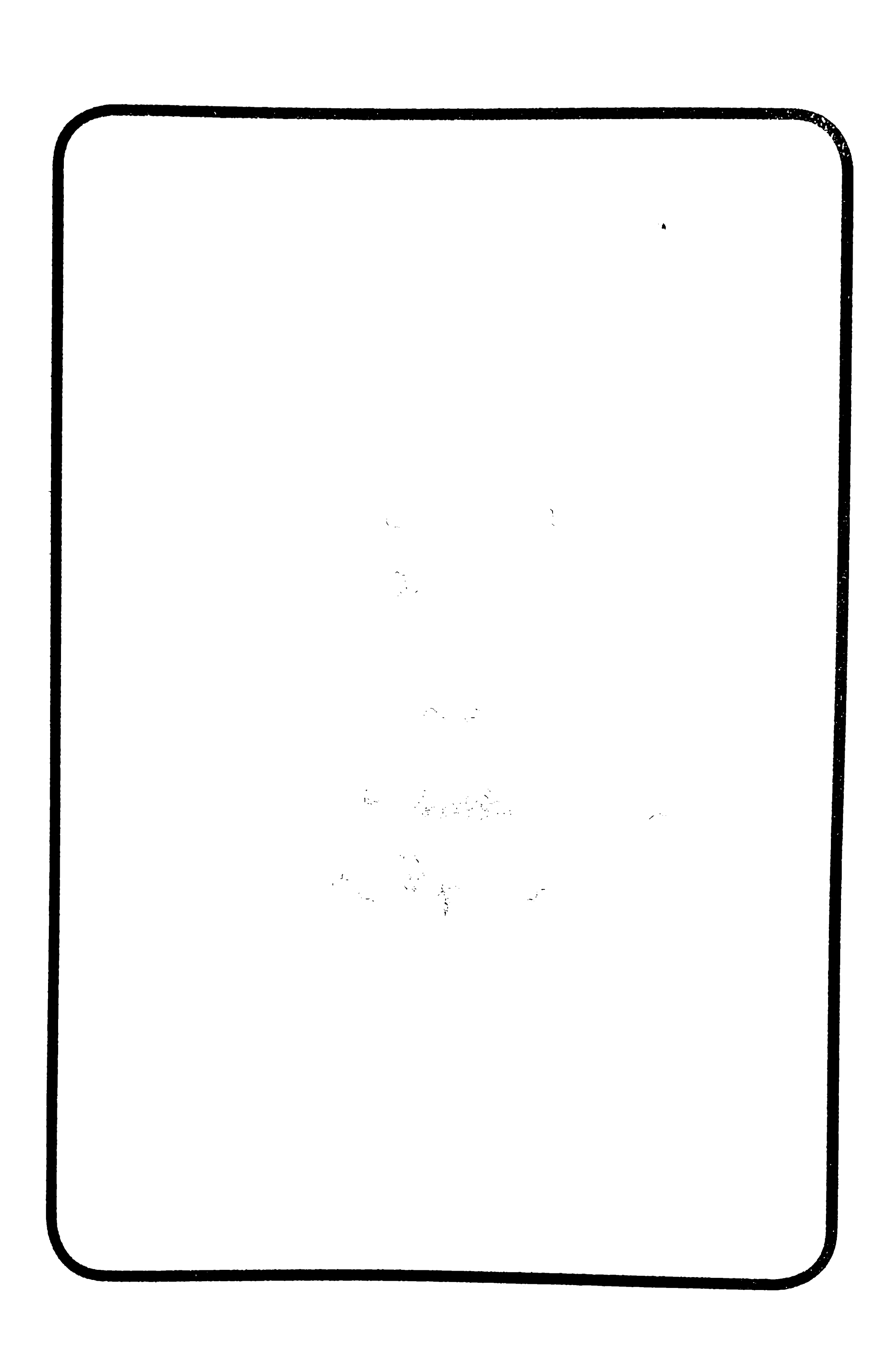
(**المَضْبُوطِ**) كأنْ أقرَّ إنسـانٌ لمعروفِ الاسـمِ والنَّسـبِ في إذْنِه بنحْوِ طلاقٍ أو مالٍ، أو وهو بصيرٌ فقبَضَ يدَه مثلًا ثُمَّ عمِيَ، وتعلَّقَ به في الصُّورتيْنِ حتَّى شهِدَ عليه أو وضَعَ يدَه على ذَكرٍ بفرْجٍ فأمسَكَهما حتَّى شهِدَ عليهما بذلكَ.

(**وَلَا تُقْبَلُ شَـهَادَةُ**) متَّهم في شَـهادتِه كشَـهادةِ (**جَارٍّ لِنَفْسِـهِ**) أو مَنْ في حُكمِ نفْسِه (**نَفْعًا وَلَا دَافِعٍ عَنْهَا**) أو عمَّن في حُكمِها (**ضَرَرًا**) كشهادتِه لعبدِه أو أصْلِه أو فرْعِـه، بخـلافِ زوجتِه وأخِيه وصديقِه، أو غريمٍ لـه ميِّتٍ، أو محجورٍ عليه بفَلَـسٍ، أو مَن ضمِنَه هـو أو أصْلُه أو فرْعُه ببراءتِه، ويضُـرُّ حدوثُ التُّهمةِ قبلَ الحكـمِ لا بعـدَه، فلو شـهِدَ لأخيه بمالٍ فمـاتَ وكان هو وارثَه، فـإن كان قبلَ الحُكمِ لم يأخُذِ المالَ، أو بعدَه أخَذَه.





(كِتَابُ العِتْقِ)



(كتاب العتق)

بمعنى الإعتاقِ، وهو: إزالةُ الرِّقِّ عنِ الآدميِّ.

(وَيَصِحُّ العِتْقُ) أي: الإعتاقُ **(مِنْ كُلِّ)** شخصٍ كاملِ الحُرِّيَّةِ ذَكرٍ أو أُنثى **(مَالِكٍ)** لمَنْ يعتِقُه **(جَائِزِ التَّصَرُّفِ فِي مِلْكِهِ)** بأن يكونَ بالغًا عاقلًا مُميِّزًا غيرَ محجورٍ عليه، لم يتعلَّقْ بملْكِه حقٌّ لازمٌ لغيرِه، فلا يصِحُّ ممَّن فيه رقٌّ، ولا مِن غيرِ مالكٍ إلَّا بإذْنِ المالكِ كما يفِيدُه قولُه في الوكالةِ: «وكلُّ ما جازَ للإنسانِ التَّصرُّفُ فيه بنفسِه، جازَ له أن يُوكِّلَ فيه أو يتوكَّلُ».

ولا مِن صبيٍّ، أو مجنونٍ، أو مُغمًى عليه، أو نائمٍ، أو مُكرهٍ، أو مَحجورِ سفَهٍ أو فَلَسٍ، ولا مِن راهنٍ مُعسرٍ للقِنِّ المَرهونِ، أو وارثٍ مُعسرٍ لقِنِّ تركةٍ تعلَّقَ بها دَينٌ، ويصِحُّ أيضًا السَّفيهُ بالعِتقِ، وإعتاقُ المُستولدةِ والمُكاتَبِ.

(وَيَقَعُ العِتْقُ) ويحصُل **(بِصَرِيحِ العِتْقِ)** بمعنى الإعتاقِ **(وَالتَّحْرِيرِ)** وفكِّ الرَّقبةِ وما تصرَّفَ منها؛ كـ«أنتَ عتيقٌ» أو «مُعتقٌ» أو «أعتقْتُكَ»، أو «أعتقَكَ اللهُ» أوِ «اللهُ أعتقَكَ»، أو «حرٌّ» أو «محرَّرٌ» أو «حرَّرْتُكَ»، أو «مفكوكُ الرَّقبةِ» أو «فكيكُ الرَّقبةِ» أو «فككْتُ رقبَتَكَ».

وأما نفْسُ العِتقِ والتَّحريرِ وفكُّ الرَّقبةِ، كـ«أنتَ إعتاقٌ» أو «تحريرٌ» أو «فكُّ رقبةٍ» فكنايةٌ.

ولو كانت أمتُه تُسمَّى قبلَ جريانِ الرِّقِّ عليها حُرَّةً، فقال لها: «يا حُرَّةُ»، فإن لم يخطُرْ له النِّداءُ باسمِها القديمِ عتقَتْ، وإن قصَدَ نداءَها لم تعتِقْ، ولو كان اسمُها في الحالِ حرَّةً، فإن قصَدَ النِّداءَ أو أطلَقَ لم تعتِقْ.

وفي «فتاوي» الغَزَالِـيِّ أنَّه لوِ اجتازَ بالمَكَّاسِ فخافَ أن يطالِبَه بالمَكْسِ عن عبـدِه فقـال: «إنَّه حُرٌّ وليس بعَبـدٍ»، وقصَدَ الإخبارَ لم يعتِقْ فيمـا بينَه وبينَ اللهِ تعالى وهو كاذبٌ في خبَرِه.

قـال في «أصـلِ الرَّوضـةِ»[1]: ومُقتضـى هذا أنَّـه لا يُقبَـلُ ظاهـرًا. وصوَّبَه الدَّميرِيُّ[2]، ورَدَّه الإِسْنَوِيُّ[3].

وأنَّـه لـو زاحمَتْه امرأةٌ في طريقٍ فقال: «تأخَّرِي يا حرَّةُ» فبانَتْ أمتُه لا تعتِقْ، ولـو قال لعبـدِه المُمكنِ كونُ مثْلِه ابنًا له: «أنْتَ ابنـي» لا على وجْهِ المُلاطفةِ، فـإن كان مجهولَ النَّسـبِ عتَقَ وثبَتَ نسَـبُه إن كان صغيـرًا، أو صدَّقَه، فإن لم يصدِّقْـه عتَـقَ ولـم يثبُـتِ النَّسـبُ، وإن كان معروفَ النَّسـبِ عتَقَ ولـم يثبُتِ النَّسـبُ، بخلافِ ما لو قاله لغيرِ المُمكنِ كونُ مثْلِه ابنًا له فهو لغوٌ، وما لو قال: «يـا ابنـي»[4]، وإنَّما يعتِقُ إن نَـوَى العِتقَ، وذلكَ لأنَّ العِتـقَ في هذه الصُّورِ من قبيلِ المُؤاخذةِ بالإقرارِ بدلَ الإنشاءِ.

(وَالكِنَايَةِ) عطفٌ على صريحٍ **(مَعَ النِّيَّةِ)** نحْوُ: «لا سلطانَ» أو «لا ملْكَ» أو «لا يدَ» أو «لا خدمةَ» أو «لا سـبيلَ لي عليكَ»، أو «أزلْتُ حُكمي عنكَ»، ولو قال: «وهبْتُكَ نفْسَـكَ» ناويًا العِتقَ عتَقَ وإن لم يقبلْ، أو ناويًا التَّمليكَ عتَقَ إن قبِلَ فورًا، ولو أوْصَى له برقبتِه اشترِطَ القبولُ بعدَ المَوتِ.

(وَإِذَا أَعْتَقَ) أحدٌ **(بَعْضَ عَبْدٍ)** يملِكُ جميعَه معيَّنًا كان ذلكَ البعضُ كيدٍ، أو لا كبعضٍ ورُبُعٍ **(عَتَقَ جَمِيعُهُ)** وإن كان مُعسرًا.

---

(١) «الشرح الكبير» (١٣/ ٣٠٧).

(٢) «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (١٠/ ٤٦٨).

(٣) «المهمات» (٩/ ٤٢٩).

(٤) في (ش): «بني».

وهل يرجِعُ إليه في تعيينِ مقدارِ البعضِ في صورةِ البعضِ؟ فيه نظرٌ، والرُّجوعُ إليه غيرُ بعيدٍ.

ولـو وكَّلَ وكيلًا في إعتاقِ عبْدِه فأعتَقَ نصْفَه عتَقَ نصْفُه ولم يسْـرِ إلى باقيه؛ لأنَّه لمَّا خالَفَ أمْرَ موكِّلِه كان القياسُ ألَّا يعتِقَ شيءٌ، لكن تشوُّفُ الشَّارعِ إلى العِتقِ أوجَبَ تنفيذَ ما أعتقَه الوكيلُ ولم تترتَّبِ السِّـرايةُ على ما ثبَتَ عتْقُه على خـلافِ القياسِ، ولأنَّ عتْقَ السِّـرايةِ قـد لا يقومُ مقامَ السِّـرايةِ، فيفوتُ غرضُ المُوكِّلِ؛ لأنَّه قد يُوكِّلُه في عتْقِه عنِ الكفَّارةِ، فلو نفَّذْنا عتْقَ بعضِه بالسِّـرايةِ لَما أجزَأَ عنِ الكفَّارةِ، ولا احتاجَ المالِكُ إلى نصْفِ رقبةٍ أُخرى، بخلافِ ما إذا قلْنا بعتـقِ النِّصفِ فقَطْ، فإنَّ النِّصفَ الآخَرَ يُمكِنُ عتْقُه بالمُباشـرةِ عنِ الكفَّارةِ[1]. انْتَهى.

وقد يُفرَّقُ بكلٍّ مِن التَّعليلينِ بينَ عدمِ السِّرايةِ هنا والسِّرايةِ فيما لو وكَّلَ أحدُ الشَّـريكيْنِ في إعتاقِ نصفِ عبدِه أو في إعتاقِ حصَّتِه مِن مشـتركٍ بينَه وبينَ آخَرَ فامتثَلَ وهو غيرُ بعيدٍ، بل قد يلتزِمُ ذلكَ على الثَّاني أيضًا.

(**وَإِنْ أَعْتَـقَ**) أحدٌ (**شِـرْكًا**) أي: نصيبًا (**لَهُ فِي عَبْدٍ**) أو أمةٍ، سـواءٌ كان ذلكَ الشِّـركُ جميعَ حصَّتِـه أم بعضَها، كما شـمِلَه كلامُ المُصنِّفِ، والحكمُ صحيحٌ في الحاليْـنِ كمـا لا يخفَى، كأن قال: «نَصِيبي منكَ حـرٌّ» أو «نصْفُكَ حرٌّ» وهو يملِـكُ نصْفَه وأطلَقَ، سـواءٌ قلْنا بالأرجَحِ أنَّه يُحمَلُ علـى ملْكِه أو بمقابلِه أنَّه يُحمَـلُ على الشُّـيوعِ أو أعتَقَ جميعَ المُشـترَكِ عتَقَ نصيبُه مُطلقًـا، ثُمَّ إن أعتَقَ ذلكَ وهو معسرٌ بقِيَ الباقي لشريكِه ولا سرايةَ.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٤/ ٤٦٤).

ولا يـرِدُ على ذلكَ ما لو باعَ حصَّتَه مِن عبْدِه بشـرطِ الخيارِ له ثُمَّ أعتَقَ وهو معسِـرٌ باقيَه في زمنِ الخيارِ حيثُ يسْرِي العِتقُ إلى المَبيعِ؛ وذلكَ لأنَّه بالسِّرايةِ يقَعُ الفسْـخُ فلا شـركةَ حينئذٍ حقيقةً، بل حيثُ كان الخيارُ له وحدَه لم تحصُلْ شركةٌ مُطلقًا؛ لأنَّ المَبيعَ لم يخرُجْ عن ملْكِه.

وإن أعتق ذلكَ (**وَهُوَ مُوسِـرٌ**) بقيمةِ نصيبِ شـريكِه يـومَ الإعتاقِ بأنْ ملَكَ فاضـلًا عمَّا يـتركُ للمُفلسِ مـا يَفِي بقيمةِ نصيبِ شـريكِه يومَـه وإن لم يملِكْ غيـرَه، وإن كان مَديونًا واسـتغرَقَتِ القيمـةُ مالَه حتَّى يضارِبَ الشَّـريكُ بقيمةِ نصيبِه مع الغُرماءِ، فإن أصابَه بالمُضاربَةِ ما يَفِي بقيمةِ جميعِ نصيبِه فذاكَ، وإلَّا أخَذَ حصَّتَه ويعتِقُ جميعُ العبدِ، و(**سَـرَى العِتْقُ إِلَى باقِيهِ**) بنفسِ الإعتاقِ، وإن لم يؤدِّ القيمةَ كما يدُلُّ عليه قوله: (**وَكَانَ عَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ شَـرِيكِهِ**) ما لم يكُنْ مُسـتولدًا بأنِ اسـتولَدَها شريكُه مُعسـرًا، وإلَّا فلا سـرايةَ حينئذٍ؛ لأنَّ النَّصيبَ المُسـتولدَ لا يقبَلُ النَّقلَ، فإن كان موسـرًا بقيمةِ بعضِ نصيبِ شريكِه اختصَّتِ السِّرايةُ بذلكَ البعضِ.

ولو قال مَن يملِكُ عشرةً فقَطْ لأحدِ شريكيْنِ متناصفيْنِ عبدًا قيمتُه عشرونَ أعتِـقْ نصيبَـكَ عنِّي على هذه العشـرةِ ففعَـلَ عتَقَ نصيبُه عنِ المُسـتدعِي، ولا سرايةَ لزوالِ ملْكِه عنِ العَشرةِ وعدمِ ملْكِ غيرِها، أو على عشرةٍ في ذمَّتِي ففعَلَ عتَـقَ جميعُه بناءً على حصولِ السِّـرايةِ بنفسِ الإعتـاقِ، وأنَّ الدَّينَ لا يمنَعُها، فلو كانت قيمتُه عشـرةً والحالةُ هذه عتَقَ جميعُه واستحَقَّ المستدْعَى منه عليه عشرةً، والآخرُ خمسةً؛ لأنَّها قيمةُ نصيبِه، فلو حجَرَ على المُستدعِي تضاربا في العشـرةِ التي معَه أثلاثًا، ولو تعدَّدَ الشَّريكُ المعتقُ وجَبَ قيمةُ نصيبِ الشُّركاءِ علـى قـدْرِ الـرُّؤوسِ وإن تفاوَتَـتِ الأملاكُ، كما لـو كان لواحدٍ نصْـفُ العبدِ

ولآخَرَ ثُلُثُه ولآخَرَ سُدُسُه وأعتَقَ الأخيرانِ نصيبَهما معًا، كأن فوَّضَا معًا أو علَّقَاه بصفةٍ واحدةٍ غرِمَا قيمةَ حصَّةِ الشَّريكِ الثَّالثِ بالسَّويَّةِ إن أيسَرَا، فإن أيسَرَ أحدُهما فقَطْ غرِمَها وحدَه.

وخرَجَ بقولِه: «أعتقْ» ما لو عتَقَ عليه بلا إعتاقٍ، فإن لم يكُنْ مُختارًا لسببِ العِتقِ بأن ورِثَ بعضَ أصْلِه أو فرْعِه لم يسْرِ إلى باقِيه، وإن كان مُختارًا له بأن ملَكَه بشراءٍ أو هبةٍ أو وصيَّةٍ سَرَى إليه، ففي مفهومِ «أعتِقْ» تفصيلٌ، ويمكِنُ أن يريدَ بـ «أعتِقْ» تسبَّبْ في العِتقِ فيشمَلُ الشِّقَّ الثَّانيَ أيضًا.

(**وَمَنْ مَلَكَ**) بعِوضٍ أو غيرِه ولو قهرًا وهو حرٌّ كلُّه فخرَجَ مَن فيه رقٌّ ولو مُكاتبًا ومُبعَّضًا وإن كان عليه دَينٌ مستغرقٌ (**وَاحِدًا**) أو أكثَرَ (**مِنْ وَالِدِيهِ**) بكسرِ الدَّالِ، وإن علَوْا، ولو كفَّارًا، سواءٌ الذُّكورُ والإناثُ (**أَوْ مَوْلُودِيهِ**) بكسرِ الدَّال، وإن سَفُلوا، ولو كفَّارًا، سواءٌ الذُّكورُ والإناثُ أو منهُما (**عَتَقَ عَلَيْهِ**) مع دخولِه في ملْكِه كما قاله أبو إسحاقَ، أو مرتَّبًا على الملْكِ كما قاله إمامُ الحرميْنِ، ودخَلَ في من المريضِ مرضُ المَوتِ، لكن إن ملَكَ بلا عوضٍ كإرثٍ عتَقَ عليه من ثُلُثِه على ما رجَّحَه في «المُحرَّرِ» و«المنهاجِ»[1]، لكن الذي في الشَّرحيْنِ[2] و«الرَّوضةِ»[3] أنَّه يعتِقُ من رأسِ المالِ.

وإن ملَكَ بعوضٍ فإن كان بلا محاباةٍ عتَقَ مِن ثُلُثِه ولا يرِثُ، فإن كان عليه دَينٌ مستغرقٌ له عندَ المَوتِ لم يعتِقْ، بل يُباعُ في الدَّينِ، وإن كان بمُحاباةٍ كأنِ اشْتَرَى بخمسينَ ما يُساوِي مئةً عتَقَ مقدارُها مِن الثُّلُثِ أو مِن رأسِ المالِ على الخلافِ السَّابقِ والباقي مِن الثُّلُثِ.

(١) «منهاج الطالبين» (ص ٣٥٩).
(٢) «الشرح الكبير» (١٣/ ٣٤٤).
(٣) «روضة الطالبين» (١٢/ ١٣٤).

ولا يصِحُّ شراءُ الوَليِّ لمولِّيه أحدَ أصولِه أو فروعِه، ولو وهَبَ له أحدَهم أو أوْصَى له به، فإن لم تجِبْ نفقةُ الموهوبِ أوِ الموصَى به كأن يكونَ كاسبًا أوِ المولى مُعسرًا لزِمَ الوليَّ القبولُ، وعتَقَ على الموْلَى، فإن أَبَى قَبِلَ له الحاكِمُ، فإن أَبَى قَبِلَ هو إذا بلَغَ الوَصيَّةَ دونَ الهبةِ لبُطلانِها بتراخي القبولِ، أو وهَبَ له بعضَ أحدِهم أو أوْصَى له به قبِلَه أو أوْصَى له به قبِلَه الوليُّ له إن كان معسرًا.

وخرَجَ بالوالدِينَ والمولودِينَ بقيَّةُ الأقاربِ؛ لعدمِ ورودِ نصٍّ فيهم، وعدمِ كونِهم في معنى مَن ورَدَ فيه النَّصُّ لانتفاءِ البَعضيَّةِ عنهم، وأمَّا خبَرُ: «**مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَقَدْ عَتَقَ عَلَيْهِ**» فضعيفٌ، بل قال النَّسائيُّ[1]: إنَّه منكرٌ، والتِّرمذيُّ[2]: إنَّه خطأٌ.



(١) «سنن النسائي الكبرى» (٤٨٧٧).

(٢) «جامع الترمذي» (١٣٦٥).

(فَصْلٌ)
فِي الوَلَاءِ

والواوُ للاستئنافِ في قوْلِه: (وَالوَلَاءُ) بالفتحِ والمَدِّ، وهو لغةً: القرابةُ. وشرعًا: عصوبةٌ سببُها العِتقُ، (مِنْ حُقوقِ الْعِتْقِ) وآثارِه المترَتِّبةِ عليه، فيثبُتُ للمعتقِ على العتيقِ وإن كان أحدُهما مُسلمًا والآخرُ كافرًا وإن لم يتوارَثَا ما دامَا كذلكَ.

(وَحُكْمُهُ حُكْمُ التَّعْصِيبِ) بالنَّسبِ (عِنْدَ عَدَمِهِ) أي: التَّعصيبِ بالنَّسبِ بأن لم يوجَدْ عاصبٌ مِن النَّسبِ، وقولُ الشَّارحِ[1] «أي: عندَ عدمِ العِتقِ فينتقِلُ إلى عصباتِ المعتقِ» فيه نظرٌ في أنَّه يُورثُ به جميعُ المالِ إن لم يُوجَدْ أحدٌ من أصحابِ الفروضِ، أو ما بقِيَ بعدَ الفُروضِ إن لم تستغرِقِ المالَ، فإن وُجِدَ عصبةٌ مِن النَّسبِ لم يُورَثْ به شيءٌ، وفي غيرِ ذلكَ كولايةِ التَّزويجِ وتحمُّلِ الدِّيَةِ.

(وَيَنْتَقِلُ) أي: الولاءُ عنِ المُعتقِ من حيثُ فائدتُه كالإرثِ به، وإلَّا فالولاءُ نفْسُه لا ينتقِلُ، كما أنَّ نسبَ الإنسانِ لا ينتقِلُ عنه (إِلَى الذُّكُورِ مِنْ عَصَبَتِهِ) فيرِثُون العتيقَ عندَ موتِ المُعتقِ أو قيامِ مانعٍ به، فإنَّ الولاءَ يثبُتُ لهم معَه في حياتِه، فلو أعتَقَ مسلمٌ نصرانيًّا وماتَ في حياتِه وله ابنٌ نصرانِيٌّ ورِثَه، فإنَّ ضابطَ مَن يرِثُ العتيقَ كلُّ مَن لو ماتَ المعتقُ يومَ موتِ العتيقِ على دِينِ العتيقِ ورِثَه.

وتُقدَّمُ الأقربُ فالأقربُ مِن ورثتِه، فلو ماتَ المعتقُ عنِ ابنيْنِ فماتَ أحدُهما وخلَفَ ابنًا فالولاءُ للابنِ دونَ ابنِ الابنِ، ولو ماتَ الآخَرُ وخلَفَ تسعةَ بنينَ فالولاءُ بينَ العشرةِ بالسَّويةِ، فإذا ماتَ العتيقُ ورِثُوه أعشارًا، وخرَجَ بالذُّكورِ من عصبتِه الإناثُ مِن عصبتِه كالبنتِ مع الابنِ والأختِ مع البنتِ.

---

(١) الحِصني في «كفاية الأخيار» (ص٥٧٨).

والحاصِلُ أنَّ مَن يثبُتُ له الولاءُ مِن ورثةِ المعتقِ عصبتُه المتعصِّبونَ بأنفسِهم دونَ عصبتِه بغيرِه ومعَ غيرِه، فإنَّ المرأةَ لا ترِثُ بالولاءِ إلَّا مِن عتيقِها وأولادِه وعتقائِه، ثُمَّ بعدَ الذُّكورِ من عصبةِ معتقِه ثُمَّ عصبتِه وهكذا.

واعلمْ أنَّ الولاءَ على ضربيْنِ: ولاءُ مباشرةٍ، وهو: الذي يثبُتُ على مَن مسَّه رِقٌّ لمن وقَعَ عنه العتقُ، وولاءُ سرايةٍ، وهو: الذي يثبُتُ على مَن لم يمسَّه رقٌّ مِن جهةِ أصولِه؛ لأنَّ النِّعمةَ على الأصلِ نعمةٌ على الفرعِ، وتفصيلُ ذلكَ في المطوَّلاتِ.



(فَصْلٌ)
في التَّدْبِيرِ

وهو: تعليقُ العِتقِ بالمَوتِ.

(وَمَنْ) علَّقَ مُختارًا مكلَّفًا ولو مفلسًا وسفيهًا وكافرًا أصليًّا ومرتدًّا عادَ إلى الإسلامِ عِتقَ عَبْدِهِ مثلًا بالمَوتِ بلفْظٍ صريحٍ فيه، كأنْ (قَالَ لِعَبْدِهِ) مثلًا ولو مُكاتبًا: (إِذَا) أو متى (مِتُّ) بضمِّ التَّاءِ (فَأَنْتَ حُرٌّ) أو عتيقٌ، أو فيدُكَ حرَّةٌ، أو أعتقْتُكَ، أو حرَّرْتُكَ بعدَ موْتي، أو دبَّرْتُكَ، أو أنتَ مدبَّرٌ، أو دبَّرْتُ نصْفَك مثلًا، وإذا ماتَ في هذه عتَقَ ذلكَ الجزءُ فقَطْ ولا يسْرِي، وفي «دبَّرْتُ يدَكَ» وجهانِ أصحُّهُما أنَّه تدبيرٌ صحيحٌ لجميعِه؛ لأنَّ كلَّ تصرُّفٍ قبلَ التَّعليقِ صحَّ إضافتُه إلى بعضِ محلِّه، أو كنايةٌ مع النِّيَّةِ كـ «خلَّيْتُ سبيلَكَ بعدَ موْتِي»، أو «إذا أو متى متُّ فأنتْ حرٌّ أو مسيَّبٌ»[1].

(فَهُوَ مُدَبَّرٌ) أي: معلَّقٌ عتْقُه بالمَوتِ ويُسمَّى بذلكَ، وكذا ولدُ الأمةِ حيثُ كانت حاملًا به في وقتَي التَّدبيرِ والمَوتِ أو في أحدِهما ولم يستَثْنِه حالَ التَّدبيرِ إذا كانت حاملًا حينئذٍ، فإنِ استَثْناه صحَّ إن ولدَتْه قبلَ موتِ السَّيِّدِ لا بعدَه، ويصِحُّ تقييدُه كـ «إنْ مِتُّ في هذا الشَّهرِ» أو «مِن هذا المَرضِ فأنتَ حرٌّ»، فإن وُجِدَتِ الصِّفةُ وماتَ عتَقَ، وإلَّا فلا، ومعلَّقًا كـ «إنْ دخلْتَ الدَّارَ فأنتَ حرٌّ بعدَ موتِي»، فإن وُجِدَتِ الصِّفةُ وماتَ عتَقَ، وإلَّا فلا[2].

ويُشترَطُ الدُّخولُ قبلَ موتِ السَّيِّدِ، فإن قال: «إن متُّ ثُمَّ دخلْتَ فأنتَ حرٌّ» أو «أنتَ حرٌّ قبلَ أو بعدَ موْتِي بيومٍ أو شهرٍ مثلًا» فليس بتدبيرٍ، بل هو تعليقُ عتقٍ

---

(١) في (ش): «حسيب». وفي (ن): «نسيب».

(٢) «الشرح الكبير» (١٣/ ٤٠٩).

بصفةٍ، واشتُرِطَ في الأولى الدُّخولُ بعدَ المَوتِ، فإن قال فيها ودخَلْتَ اشتُرِطَ الدُّخولُ بعدَ الموتِ أيضًا، إلَّا أن يريدَ قبْلَه، فعُلِمَ أنَّه متى علَّقَ العِتقَ بشيءٍ آخَرَ بعدَ المَوتِ، أو قيَّدَه بوقتٍ قبلَ المَوتِ أو بعدَه لم يكُنْ تدبيرًا.

وحُكمُ المُدبَّرِ أنَّه **(يَعتِقُ بَعْدَ وَفَاتِهِ)** أي: السَّيِّدِ؛ لوجودِ الصِّفةِ **(مِنْ ثُلُثِهِ)** أي: من ثُلُثِ مالِ السَّيِّدِ بعدَ الدُّيونِ؛ لأنَّه تبرُّعٌ يلزَمُ بالمَوتِ، فيكونُ مِن الثُّلُثِ كالوَصيَّةِ **(وَيَجُوزُ)** أي: يحِلُّ ويصِحُّ **(لَهُ)** أي: لسيِّدِ المُدبَّرِ الرَّشيدِ **(أَنْ)** يتصرَّفَ فيه بما يزيلُ الملْكَ، كأنْ **(يَبِيعَهُ)** أو يهبَه أو يوصِي به؛ لأنَّ عائشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا باعَتْ مدبَّرةً سَحَرَتْها[1]. ولم ينكِرْ ذلكَ أحدٌ مِن الصَّحابةِ.

ولوليِّ السَّفيهِ بيعُه بالمصلحةِ، وقولُه: **(فِي حَالِ حَيَاتِهِ)** إيضاحٌ، **(وَ)** حيثُ زالَ الملْكُ عنه كأنْ باعَه بتًّا، أو بشرطِ الخيارِ للمُشتَري، أوِ انقطَعَ الخيارُ أو وهَبَه وأقبَضَه **(يَبْطُلُ تَدْبِيرُهُ)** فإن زالَ الملْكُ عن بعضِه فقَطْ بقِيَ التَّدبيرُ في الباقِي.

(وَحُكْمُ المُدَبَّرِ فِي حَالِ حَيَاةِ السَّيِّدِ كَحُكْمِ العَبْدِ القِنِّ) أي: الخالصِ مِن أسبابِ العِتقِ كالتَّدبيرِ ونحْوِه، فله استخدامُه وتزويجُ الأمةِ ووطْئُها، ولا يبطُلُ التَّدبيرُ بذلكَ، فإن أولَدَها بطَلَ، ولو قتلَ فله قيمته، أو جرحَ فله أرْشُه، ولو كاتَبَه أو دبَّرَ المكاتبَ صحَّ وعتَقَ فيهما بالأسبقِ مِن المَوتِ وأداءِ النُّجومِ، كما تبِعَه ولدُه وكسْبُه وإن عتَقَ بالمَوتِ.



(١) رواه الشافعي (ص٢٢٦)، والحاكم (٧٥١٦).
قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٤/ ٦١): «إسناده صحيح».

(فَصْلٌ)
في الكتابة

وهي عقْدُ عتقٍ بلفْظِها بعِوضٍ مُنجَّمٍ بنجميْنِ فأكثَرَ.

(وَالكِتَابَةُ مُسْتَحَبَّةٌ) لا واجبةٌ، والأمرُ في آيتِها بعدَ حظرٍ، وهو مقابلةُ مالِه بمالِه، ومثْلُه الإباحةُ على أحدِ القوليْنِ[1]، فيكونُ استحبابُها مِن خارجٍ.

وإنَّما تُستحَبُّ (إِذَا سَأَلَهَا الْعَبْدُ) ومثْلُه الأمةُ ليوثَقَ بتحصيلِ النُّجومِ (وَكَانَ مَأْمُونًا)؛ لأنَّ غيرَه يضيعُ ما يحصِّلُه فلا يعتقُ، وقد يؤخَذُ منه ضبطُ المأمونِ بمَنْ لا يضَيِّعُ، وكان (مُكْتَسِبًا) أي: قادرًا على كسْبٍ يَفِي بمؤنتِه والنُّجومِ؛ لأنَّ غيرَه لا يوثَقُ بتحصيلِه النُّجومَ.

وبهذيْنِ الأمريْنِ فسَّرَ الشَّافعيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الخبرَ في الآيةِ[2]، فإنِ انتفَتْ هذه الشُّروطُ كانت مباحةً، ولا تكرَهُ بحالٍ، لكِنْ بحَثَ بعضُهم أنَّه لو كان فاسقًا يضيعُ كسْبُه في الفسْقِ، ولوِ استَوْلى عليه السَّيِّدُ امتنَعَ من ذلك، كُرِهَتْ[3] حينئذٍ، بل قد تحرُمُ، فليُتأمَّلْ.

(وَلَا تَصِحُّ) الكتابةُ إلَّا بإيجابٍ كـ«كاتبْتُكَ»، وقبولٍ فورًا، ولا تصِحُّ (إِلَّا بِمَالٍ) في الذِّمَّةِ فلا تصِحُّ على المُعيَّنِ، (مَعْلُومٍ) قدرًا وصفةً، فيُشترَطُ تبيينُ النَّقدِ إن لم يكُنْ بمحلِّ العقدِ نقدٌ غالبٌ، واختلفَتْ قيمةُ النُّقودِ، وإلَّا كَفَى الإطلاقُ، ويصِفُ العِوضَ بصفةِ السَّلَمِ.

ولا بدَّ أن يكونَ مؤجَّلًا (إِلَى أَجَلٍ) أي: وقتٍ (مَعْلُومٍ) متعدِّدٍ (أَقَلُّهُ نَجْمَانِ)

---

(١) في (ع)، (ن): «الأقوال».

(٢) ينظر: «أسنى المطالب» (٤/ ٤٧٢).

(٣) في (ع): «وكرهت».

أي: وقتانِ بأن يُؤجَّلَ بعضُه إلى وقتٍ معلومٍ وبعضُه إلى وقتٍ آخَرَ كذلكَ تَساوَى المُبعَّضانِ أو تفاوَتَا؛ كـ «كاتبْتُكَ على مئةٍ تؤدِّي نصْفَها في وقتِ كذا ونصْفَها الآخَرَ في وقتِ كذا»، أو «تؤدِّي ثُلُثها في وقتِ كذا وثُلُثَيْها في وقتِ كذا»، أو «على دينارٍ وثوبٍ صفتُه كذا تؤدِّي الدِّينارَ في وقتِ كذا والثَّوبَ في وقتِ كذا»، ويُشترَطُ أن يقولَ: «فإذا أدَّيْتَها أو برِئتَ منها فأنْتَ حرٌّ» أو ينْوِي ذلكَ، ويقولُ العبدُ فورًا: «قبِلْتُ».

(وَهِيَ) أي: الكتابةُ **(مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ)** متعلِّقٌ بقولِه: **(لَازِمَةٌ)** فليس له فسْخُها إلَّا بسببٍ؛ كأنْ عجِزَ المُكاتبُ عندَ المَحلِّ عمَّا لا يجِبُ حطُّه ولو بعضَ النَّجمِ فله الفَسْخُ بنفسِه أو بالحاكمِ، فلا تنفسِخُ بمُجرَّدِ عَجْزِه، ولا يلزَمُ الفَورُ في هذا الفَسْخِ بل له تأخيرُه ما شاءَ كفسخِ الإعسارِ.

قال في «أصلِ الرَّوضةِ»[1]: وفي تعليقِ الشَّيخِ أبي حامدٍ أنَّه إذا ثبَتَ عجْزُه بإقرارِه أو بالبيِّنةِ فللسَّيِّدِ فسْخُ الكتابةِ، وينبَغِي ألَّا يُشترَطُ إقرارُه بالعجْزِ ولا قيامُ البيِّنةِ عليه؛ لأنَّا سنذكُرُ أنَّه لوِ امتنعَ مِن الأداءِ ثبَتَ حقُّ الفَسخِ، وإذا لم يؤدِّ فهو ممتنعٌ إن لم يكُنْ عاجزًا. انْتَهى.

وإذا فسخَ بالقاضي فلا بدَّ من ثبوتِ الكتابةِ وحلولِ النَّجمِ عندَه، وكأنِ امتنَعَ مِن الأداءِ بعدَ المَحلِّ مع القدْرةِ عليه فللسَّيِّدِ الفسْخُ[2]، ولا يُجبرُ هو على الأداءِ، وكأن حلَّ النَّجمُ وهو غائبٌ، أي: ولو إلى دونِ مسافةِ[3] القصْرِ كما بحَثَه في «المطلَبِ»[4] كما في «الكفايةِ»[5]، أو فوقَ مسافةِ العدوى كما هو

---

(١) «الشرح الكبير» (١٣/ ٥١٠).

(٢) في (ش): «فسخه».

(٣) فوقه في (ع): «ضعيف».

(٤) ألحق في هامش (ع) مصححًا بخط مغاير: «أو إلى مسافة قصر». وكتب فوقه: «معتمد».

(٥) «كفاية النبيه في شرح التنبيه» (١٢/ ٣٧٩).

القياسُ في «شرحِ الرَّوضِ»[1] ولو بإذنِ السَّيِّدِ، أو غابَ بعدَ حلولِه بغيرِ إذْنِه فله الفسْخُ بنفسِه، ويُشهِدُ عليه لئلَّا يكذِّبَه المُكاتبُ، ولا يلزَمُه تأخيرُ الفسْخِ، وإن عُذِرَ المكاتَبُ بعدمِ الحضورِ لنحْوِ مرضِه أو خوفِ الطَّريقِ، وكذا بالحاكمِ.

قال في «أصلِ الرَّوضةِ»[2]: وإذا رُفِعَ إلى الحاكمِ فلا بدَّ أن يثبُتَ عندَه حلولُ النَّجمِ وتعذُّرُ التَّحصيلِ، ويحلِّفُه الحاكمُ مع ذلكَ؛ لأنَّه قضاءٌ على الغائبِ. قال الصَّيدلانيُّ: يحلِفُه أنَّه ما قبَضَ النُّجومَ منه ولا مِن وكيلِه ولا أبرَأَه، أي: ولا أنظَرَه فيه كما نصَّ عليه الشَّافعيُّ والعراقيُّون[3]، ولا أحالَ به ولا يعلَمُ له مالًا حاضرًا، وذكْرُ الحَوالةِ مبنيٌّ على جوازِ الحَوالةِ بالنُّجومِ، ولو كان مالُ المكاتبِ الغائبِ حاضرًا لم يؤدِّ[4] الحاكمُ النُّجومَ منه، ويُمكِّنُ السَّيِّدُ مِن الفسخِ؛ لأنَّه ربَّما عجَّزَ نفْسَه لو كان حاضرًا ولم يؤدِّ المالَ. انْتَهى.

واستشكَلَ الإسْنَوِيُّ[5] هذا الأخيرَ مع قوْلِه قبْلَه أن يحلِّفُه أنَّه لا يعلَمُ له مالًا حاضرًا بأنَّهما لا يجتمعانِ.

أقولُ: ويُستشْكَلُ أيضًا مع قوْلِه قبلُ: وتعذَّرَ التحصيلُ، فليُتأمَّلْ.

والوجْهُ ضعفُ ما في أحدِ المحلَّيْنِ، وفي «أصلِ الرَّوضةِ»[6] يحصُلُ الفسخُ بقولِ السَّيِّدِ: فسخْتُ الكتابةَ ونقضْتُها ورفعْتُها وأبطلْتُها وعجَّزْتُ المكاتبَ. انْتَهى.

وبهذا مع ما يأتِي في قولِ المُصنِّفِ: «وله تعجيزُ نفْسِه» يُعلَمُ الفرْقُ بينَ تعجيزِ السَّيِّدِ وتعجيزِ المكاتبِ، وأنَّ الأوَّلَ فسْخٌ بخلافِ الثَّاني.

---

(١) «أسنى المطالب» (٤/ ٤٨٦).
(٢) «الشرح الكبير» (١٣/ ٥١٢).
(٣) «أسنى المطالب» (٤/ ٤٨٧).
(٤) فوقه في (ع): «معتمد».
(٥) «المهمات» (٩/ ٤٩٦).
(٦) «الشرح الكبير» (١٣/ ٥١٦).

(وَ) الكتابـةُ (مِنْ جِهَةِ الْعَبْدِ الْمُكَاتَـبِ) متعلِّقٌ بقولِه: (جَائِزَةٌ، وَ) حينئذٍ (لَهُ) الامتناعُ مِن الأداءِ وإن كان معَه وفاءٌ، وله (تَعْجِيزُ نَفْسِـهِ) بقولِه: «أنا عاجزٌ عن كتابتِـي» مع ترْكِه الأداءَ، وحينئذٍ فللسَّـيِّدِ الفسْـخُ كما قـال في «المنهاجِ»[1] فإذا عجَّزَ نفْسَـه فللسَّيِّد الصَّبْرُ والفسْخُ بنفسِه وإن شاءَ بالحاكمِ. انْتَهى. وهو صريحٌ في عدمِ انفساخِها بمُجرَّدِ التَّعجيزِ.

(وَ) للمكاتبِ (فَسْخُهَا مَتَى شَاءَ) وإن لم يعجِّزْ نفْسَه.

(وَلِلْمُكَاتَـبِ) أي: لا لسـيِّدِه كما يفيـدُه تقديمُ الجارِّ والمجـرورِ، فليس له التَّصرُّفُ في شـيءٍ ممَّا في يدِ المكاتبِ، بل ولا فيه نفسه فيمتنِعُ عليه بيْعُه وهبَتُه، نعَمْ إن رضِيَ بالبيعِ صحَّ وكان رضاه فسـخًا للكتابةِ، وقال البُلقينيُّ: يصِحُّ بيْعُه مِن نفسِه وترتفِعُ الكتابةُ ويعتِقُ لا عن جهتِها فلا يستتبِعُ كسبًا ولا ولدًا.

(التَّصَرُّفُ) بأنواعِ التَّصرُّفِ (فِيمَا فِي يَدِهِ مِنَ المَالِ) ولو بغيرِ إذنِ سيِّدِه؛ لأنَّ مقصودَ عقْدِ الكتابةِ تحصيلُ العِتقِ، وهو إنَّما يحصُلُ بالتَّصرُّفِ إلَّا ما فيه تبرُّعٌ؛ كبيعٍ بدونِ ثمـنِ المثْلِ، وكهبةٍ وصدقةٍ ووصيَّةٍ، وتعجيـلِ دَينٍ مؤجَّلٍ، وإعتاقٍ ولـو عـن كفَّارةٍ[2]، وكتابةٍ لرقيقِه، وتبسُّـطٍ في أكلٍ ولُبسٍ، أو فيه خطرٌ كالشِّـراءِ سَـلَمًا؛ لأنَّ فيه تسـليمُ رأسِ المالِ في المجلسِ وانتظارُ المُسـلَّمِ فيه، وكتسليمِ العِوضِ قبلَ المعوضِ في البيعِ والشِّـراءِ، فلا يصِحُّ إلَّا بإذنِ سـيِّدِه؛ لأنَّ أحكامَ الرِّقِّ جاريةٌ عليه.

(وَ) يجِبُ (عَلَى السَّـيِّدِ أَنْ يَضَعَ عَنْهُ مِنْ مَالِ الكِتَابَةِ مَا يَسْـتَعِينُ بِهِ) في العِتقِ ولـو أقلَّ متموَّلٍ، ولو تعدَّدَ السَّـيِّدُ واتَّحَدَ المُكاتبُ وجَـبَ ذلكَ لكلٍّ منهما نبَّهَ على ذلكَ الناشِريُّ في «نُكتِه».

---

(١) «منهاج الطالبين» (ص ٣٦٦).

(٢) في (ش): «كفارته».

والمستحَبُّ وضْعُ الرُّبُعِ وإلَّا فالسُّبعِ، أو يدفَعُ إليه ذلكَ، فإنْ دفَعَه إليه مِن المالِ المقبوضِ منه أو مِن جنسِه وجَبَ القبولُ، أو من غيرِ جنْسِه جازَ القبولُ ولم يجِبْ، والوضْعُ أفضَلُ مِن الدَّفعِ، وفي النَّجمِ الأخيرِ أفضَلُ، قال المَاوَرْدِيُّ[1]: ولو أرادَ السَّيِّدُ أن يعطِيَه وأرادَ العبدُ الحطَّ أُجيبَ العبدُ؛ لأنَّه يرومُ تعجيلَ العِتقِ، نعَمْ لو أبرَأَه عنِ النُّجومِ أو باعَه من نفْسِه أو أعتَقَه ولو بعِوضٍ لم يجِبْ شيءٌ، وكذا لو كاتَبَه في مرضِ موتِه، والثُّلُثُ لا يحتمِلُ أكثَرَ من قيمتِه، أو كاتبَه على منفعتِه كما قاله المَحَامِلِيُّ والجُرْجَانِيُّ، ووقْتُ الوجوبِ ما قبلَ العِتقِ، فإن أخَّرَ عنه أثمَ وكان قضاءً[2].

ولو ماتَ السَّيِّدُ قبلَ الخروجِ عنِ الواجبِ لزِمَ الوارثَ أو وليَّه، ثُمَّ إن بقِيَ المقبوضُ تعلَّقَ بعينِه حتَّى يُقدَّمَ على مؤنِ التَّجهيزِ، وإلَّا قُدِّمَ الواجبُ على الوصايا، ولو أدَّى المُكاتبُ ما عدا قدْرَ الواجبِ لم يسقُطْ، ولا تقاصَّ ولا تعجيزَ، بل يرفَعُ الأمرَ إلى الحاكمِ ليفصلَه بطريقِه.

(**وَلَا يَعتِقُ**) المُكاتبُ ولا شيءٌ منه (**إِلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ المَالِ**) المعقودِ عليه، قال الإصْطَخْرِيُّ في «أدبِ القضاءِ»: لو بقِيَ منه حبَّةٌ واحدةٌ فالكتابةُ باقيةٌ (**بَعْدَ الْقَدْرِ الْمَوْضُوعِ عَنْهُ**)[3].



(١) «الحاوي الكبير» (١٨/ ١٩٠). (٢) «أسنى المطالب» (٤/ ٤٨٤).

(٣) بعده بياض في (ع) وكتب بالهامش: «في الأصل هنا بياض نحو خمسة أسطر». وكتب بهامش (هـ): «في أصل بعض أصولنا هنا بياض نحو خمسة أسطر».

(فَصْلٌ)
في المُسْتَولَدَةِ

(وَإِذَا أَصَابَ) أي: وطِئَ (السَّيِّدُ) الحُرُّ أوِ المُبعَّضُ لا المكاتَبُ ولو مَجنونًا ومُكرهًا ومَحجورًا عليه بسفَهٍ (أَمَتَهُ) وإن حرُمَ وطْؤُها لنحْوِ حيضٍ أو نفاسٍ أو تزوُّجٍ أو عدمِ استبراءٍ، أو إسلامِها وهو كافرٌ، أو محرميَّةٍ بينَهما بنسبٍ أو رضاعٍ أو مصاهرةٍ، أوِ استدخَلَتْ ذكَرَه أو ماءَهُ المُحترَمَ وحبِلَتْ منه (فَوَضَعَتْ) لأقلِّ مدَّةِ الحملِ أو لِما فوْقَها في حياتِه أو بعدَ موتِه بحيثُ يُنسَبُ الوضْعُ إليه حيًّا أو ميِّتًا ولو أحدَ توءميْنِ وإن لم ينفصِلِ الآخرُ مُطلقًا كما هو ظاهرٌ لوجودِ مُسمَّى الولادةِ ولو (ما يَتَبَيَّنُ فِيهِ) لأربعِ نِسوةٍ أو رجليْنِ أو رجلٍ وامرأتيْنِ مِن أهلِ الخبرةِ (شَيْءٌ مِنْ) صورةِ (خَلْقِ آدَمِيٍّ) كمُضغةٍ أو بعضِها فيها صورةُ آدميٍّ أو شيءٍ مِن صورتِه، كما شمِلَتْه عبارةُ المُصنِّفِ، وأخَذَ الدَّميريُّ[1] والزَّرْكَشِيُّ من قولِ «المنهاجِ»[2]: «أو ما تجِبُ فيه غرَّةٌ» أنَّه لا يُشترَطُ انفصالُ جميعِه، فلو أخرَجَ رأْسَه وباقيه مجتنٍ ثُمَّ ماتَ السَّيِّدُ عتقَتْ.

قال الزَّرْكَشِيُّ: وبه صرَّحَ الدَّارمِيُّ هنا فقال: وكذا لو وضَعَتْ عضوًا وضَعَتِ الباقيَ أو لم تضَعْ[3]. انْتَهى.

وأقولُ فيه أخذًا ومعنًى نظرٌ ظاهرٌ: أما الأوَّلُ: فلأنَّ عبارةَ «المنهاجِ»[4] هكذا: فولَدَتْ حيًّا أو ميِّتًا أو ما تجِبُ فيه غرَّةٌ. وظاهرٌ أنه لا يصدقَ على خروجِ رأسِه متَّصلًا قولُه ولَدَتْ ما تجِبُ فيه غرَّةٌ، ولأنَّ قولَ الدَّارمِيِّ: «وضعَتْ عضوًا» ظاهرٌ في انفصالِه عنِ الباقي، وذلكَ في حكمِ الولادةِ المعبَّرِ بها في النُّصوصِ،

---

(١) «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (١٠/ ٥٨٥).
(٢) «منهاج الطالبين» (ص ٣٦٩).
(٣) ينظر: «أسنى المطالب» (٤/ ٥٠٧).
(٤) «منهاج الطالبين» (ص ٣٦٩).

وفي كلامِهم؛ إذ هو ولادةٌ لذلكَ العضوِ فكيفَ يُقاسُ عليه خروجُ العضْوِ متَّصلًا بالباقي، مع أنَّه ليس ولادةً ولا حُكْمَها.

ثُمَّ رأيتُ السَّيِّدَ السَّمْهُودِيَّ لمَّا ذكَرَ ما تقدَّمَ عنِ الدَّميريِّ والزَّرْكَشِيِّ، قال: قلْتُ: وفي إلحاقِ إخراجِ الجنينِ رأْسَه مع استمرارِ اجتنانِ باقِيه بوضْعِ العضوِ في كونِ ذلكَ يُفهَمُ من تعبيرِ المُصنِّفِ أو مُقتضى عبارتِه نظرٌ، وكذا اعتبارُ الولادةِ لما تجِبُ به غرَّةٌ، ومُجرَّدُ خروجِ الرَّأسِ لا يسمَّى ولادةً. انْتهى.

وأما الثَّاني: فلأنَّه إن كان المَدارُ على العلْمِ بوجودِ الحمْلِ فليُحكَمْ بمُجرَّدِ المَوتِ بعتقِها حيثُ عُلِمَ وجودُه وإن لم ينفصِلْ منه شيءٌ مُطلقًا، وإن كان المَدارُ على الولادةِ ولو حكمًا فمُجرَّدُ خروجِ الرَّأسِ لا يُسمَّى ولادةً ولا حكمًا، وجعْلُ المَدارِ على[1] العلْمِ بوجودِه بشرطِ بروزِ شيءٍ منه ممَّا لا معنى له كما لا يخْفَى، فليُتأمَّلْ.

(**حَرُمَ عَلَيْهِ بَيْعُهَا**) وكذا ولدها التَّابع لها ولم يصحَّ، بل لو حكم حاكمٌ بصحَّته نقض حكمه، نعَمْ يصحُّ بيعها من نفسها؛ لأنَّه عقد عتاقة لا ممَّن تعتق عليه ولا ممَّن أقرَّ بحُرِّيتها خلافًا للزَّرْكَشِيِّ فيهما؛ لأنَّ الأوَّلَ بيعٌ حقيقة من الطَّرفين وإن ترتَّب عليه العِتق، والثَّاني بيع حقيقة من طرف البائع (**وَرَهْنُهَا**) ولم يصِحَّ؛ لأنَّه يسلط على البيع (**وَهِبَتُهَا**)؛ لأنَّها تنقل الملك.

وممَّا يمتنعُ أيضًا الوَصيَّةُ بها ووقْفُها وتدبيرُها، وتُقدَّمُ صحَّةُ كتابتِها، وفرْضُ المُصنِّفِ هذه الأحكامَ فيما بعدَ الوضْعِ لا ينافِي جريانَها حالَ الحمْلِ أيضًا.

(**وَجَازَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا بِالِاسْتِخْدَامِ وَالوَطْءِ**) والإيجارِ والإعارةِ والتَّزويجِ بغيرِ إذْنِها لبقاءِ ملْكِه عليها، وقد يمتنعُ الوطءُ لعارضٍ بأن كانت مسلمةً وهو

---

(١) من (ش)، (ن).

كافرٌ، ويمتنِعُ هنا التَّزويجُ أيضًا، أو موطوءةَ ابنِه أو محرمًا له، أو كان مُبعَّضًا وإن أَذِنَ مالكُ بعْضِه، وقد يمتنِعُ الاستخدامُ وما ذُكِرَ معَه بأنْ كانت مُكاتبةً.

(**وَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ عَتَقَتْ**) من حينِ المَوتِ وإن تأخَّرَ الوضْعُ عنه كما رجَّحَه بعضُهم وهو الظَّاهرُ (**مِنْ رَأسِ مَالِهِ**) لا مِن ثُلُثِه، وإن أحبَلَها في المَرضِ، أو نجَّزَ عتْقَها فيه، أو أوْصَى بها من الثُّلُثِ كما بحَثَه الزَّرْكَشِيُّ[1] (**قَبْلَ**) إيفاءِ (**الدُّيُونِ وَ**) إخراجِ (**الوَصَايَا**) وأخْذِ المِيراثِ، بمعنى أنَّه يُقدَّمُ عتْقُها على جميعِ ذلكَ، حتَّى لو لم يملِكْ غيرَها لم يمنعْ ذلكَ عِتْقَ جميعِها.

(**وَوَلَدُهَا**) الحادثُ بعدَ الاستيلادِ (**مِنْ غَيْرِهِ**) بزوجيَّةٍ أو شُبهةٍ أو زنًا (**بِمَنْزِلَتِهَا**) في أنَّه ملكٌ للسَّيِّدِ، وأنَّه يمتنِعُ على السَّيِّدِ نحْوُ بيعِه، وأنَّه يجوزُ له التَّصرُّفُ فيه بنحوِ الاستخدامِ، لكن يمتنِعُ عليه وطءُ بنْتِها لحرمَتِها بوطءِ أمِّها، وأنَّه يعتِقُ بموتِ السَّيِّدِ وإن ماتَتْ أمُّه في حياتِه، نعَمْ لو وَطِئَها مَنْ غُرَّ بحُرِّيتِها أو ظنَّها زوجتَه الحُرَّةَ انعقَدَ ولدُها حرًّا، ولزِمَه قيمتُه للسَّيِّدِ، وخرَجَ بالحادثِ بعدَ الاستيلادِ الحادثِ قبْلَه، فلا يعتِقُ بموتِ السَّيِّدِ، وله التَّصرُّفُ فيه بنحو البيعِ، وبكونِه مِن غيرِه الحادثِ منه، فهو حُرٌّ وإن ظنَّها زوجتَه الأمةَ.

(**وَمَنْ أَصَابَ**) أي: وطِئَ (**أَمَةَ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ**) لا غرورَ فيه بالحُرِّيَّةِ وإن كانت أمَةَ فرْعِه كأنْ نكَحَ حرٌّ أمةً بشرْطِه ثُمَّ ملكَها فرْعُه، فإنَّه لا ينفسِخُ نكاحُه بذلكَ، وإن حرُمَ على الأصلِ الحرِّ نكاحُ أمةِ فرْعِه؛ لأنَّه يُغتفَرُ في الدَّوامِ ما لا يُغتفَرُ في الابتداءِ، وأولَدَها (**فَوَلَدُهُ مِنْهَا مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا**)؛ لأنَّ الولدَ يتبَعُ الأمَّ رِقًّا وحُريَّةً (**وَإِنْ أَصَابَهَا**) أي: وطِئَ حُرٌّ أمةَ غيْرِه (**بِشُبْهَةٍ**) تقتَضِي حُريَّةَ الولدِ؛ كأنْ ظنَّها زوجتَه الحُرَّةَ (**فَوَلَدُهُ مِنْهَا حُرٌّ**) عملًا بظنِّه، (**وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلسَّيِّدِ**) بخلافِ ما لو

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب» (٤/ ٥٠٧).

ظنَّها زوجتَه الأمةَ، أو علِمَ الحالَ فالولدُ رقيقٌ.

نعَـمْ لو وطِئَ أمةَ فرْعِه عالمًا بالحالِ فأتَتْ بولدٍ كان حُرًّا نسـيبًا وإن كان هو رقيقًا كما نقَلَه الشَّـيخانِ[1] عـنِ القَفَّالِ وأقرَّاه، وإن قـال القاضي إنَّه رقيقٌ على الصَّحيحِ مِن المَذهبِ، وعلى الأوَّلِ يطالبُ بقيمةِ الولدِ بعدَ عتْقِه، إلَّا أن يكونَ مُكاتبًـا ففي الحالِ أو مُبعَّضًا فبقسْـطِ الحُرِّيَّةِ في الحالِ والباقي بعدَ عتْقِه وتصيرُ مستولدَةً للأبِ الحُرِّ ما لم تكُنْ مستولدةً لفرْعِه.

(**وَإِنْ مَلَكَ الأَمَةَ**) المَوطوءةَ له في النِّكاحِ (**المُطَلَّقَةَ**) منه (**بَعْدَ ذَلِكَ**) أي: بعدَ تطليقِهـا أو ملْكِهـا بدونِ تطليقِها (**لَـمْ تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ بِالْوَطْءِ**) أي: بسـببِ الإيلادِ بالوطْءِ الواقعِ (**فِي النِّكَاحِ**) لانتفاءِ إحبالِها مِن سيِّدِها (**وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ بِالْوَطْءِ**) أي: بالإحبالِ بسببِ الوطءِ (**بِالشُّبهة**) كأنْ وطِئَها ظانًّا أنَّها زوجتُه الحُرَّةُ أو أمَتُه إذا ملَكَها بعدَ ذلكَ (**عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ**) لأنَّها عَلِقَتْ بحُرٍّ وهو سـببٌ في الحُرِّيَّةِ بعـدَ المَوتِ، والأصحُّ أنَّهـا لا تصيرُ؛ لأنَّها عَلِقَتْ به في غيرِ ملْكِه، فأشْـبَهَ ما لو عَلِقَتْ به في النِّكاحِ، واللهُ تعالى أعلَمُ بالصَّوابِ، وإليه المَرجِعُ والمآبُ.

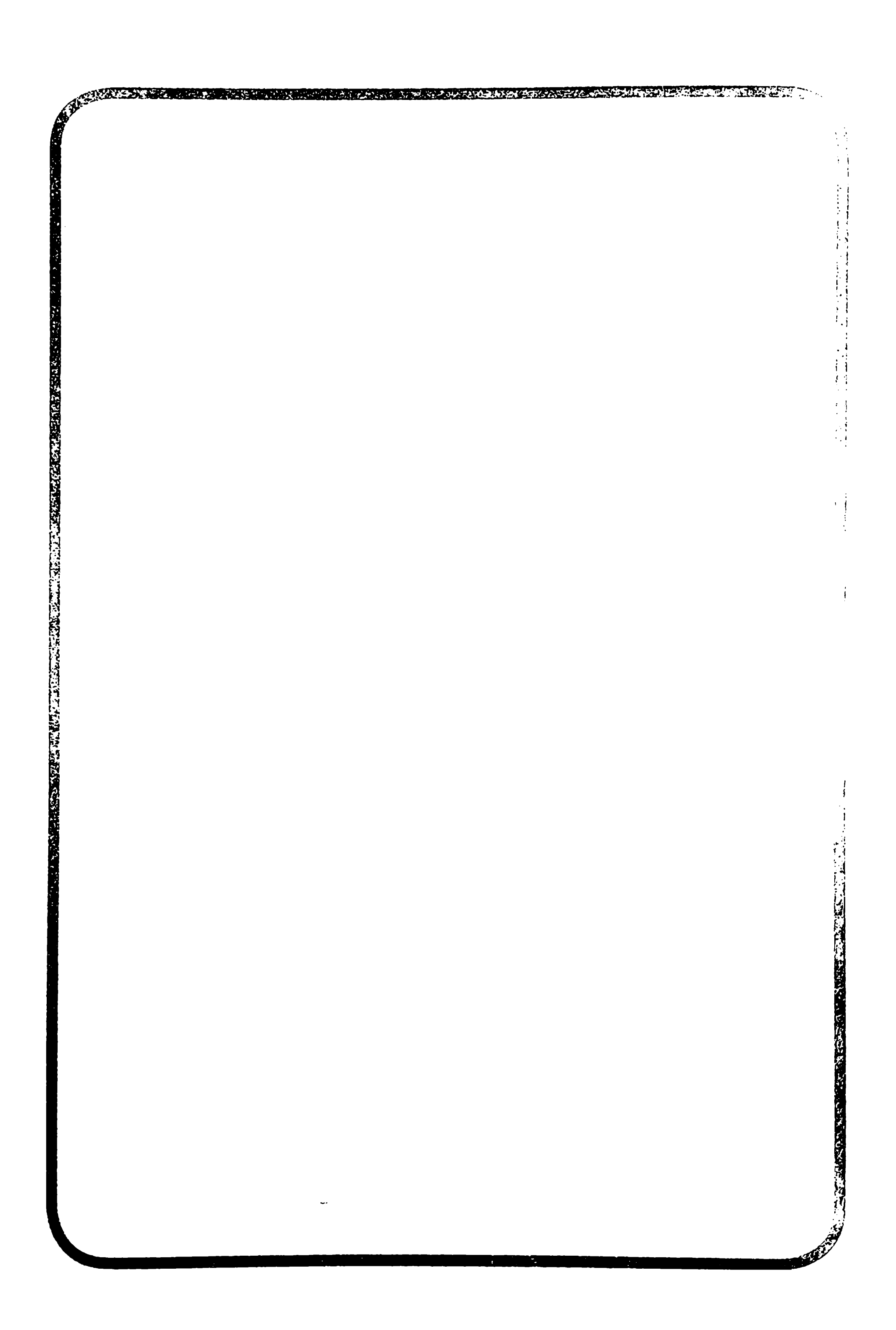
تمَّ الكتابُ على يد العبد الحقيرِ صالحِ بن إبراهيمَ الشِّـيبيِّ الشَّـهير بالنَّوْسِيِّ الشَّافعيِّ الكاتب بمحكمة بولاق، وكان الفراغُ من إكماله في أواخر ذي الحجة ختام عام تسع وعشرين وألف.

وصلَّى اللهُ على سيِّدِنا مُحمَّدٍ وعلى آلِهِ وصحْبِه وسلَّمَ تسليمًا كثيرًا، والحمد لله وحده، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.



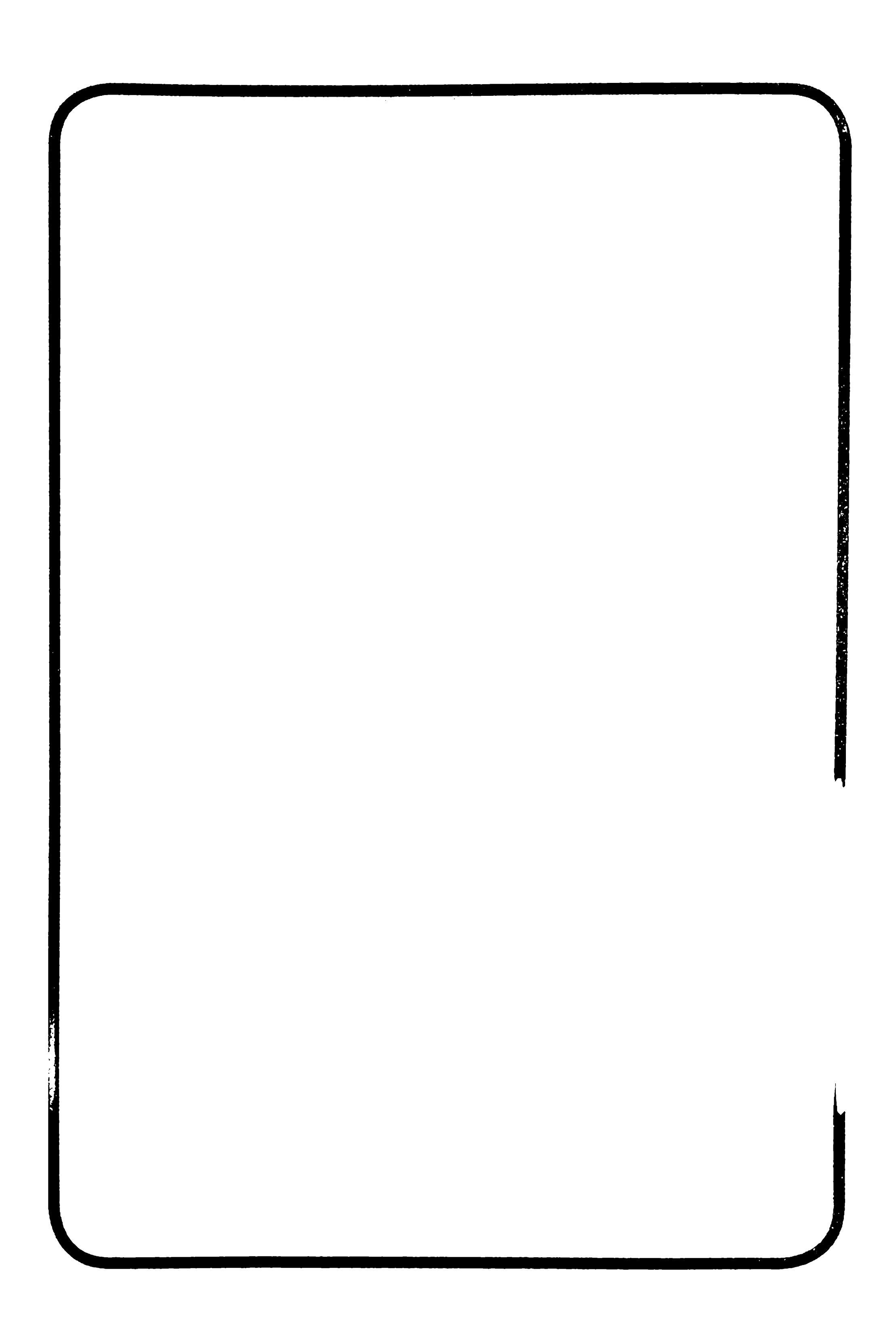
---

(١) «الشرح الكبير» (١٣/ ٥٩٢)، و«روضة الطالبين» (١٢/ ٣١٤).



الفهارس العامة





فهرس الآيات



فهرس الأحاديث والآثار



لَا تَكُونُ صَلَاةٌ إِلَّا بِقِرَاءَةٍ وَتَشَهُّدٍ	٥٧٦/١
لَا تَلْبَسُوا الْحَرِيرَ وَلَا الدِّيبَاجَ	٦١/٢
لَا تُوتِرُوا بِثَلَاثٍ	٥٠٣/١
لَا رَضَاعَ إِلَّا مَا فَتَقَ الْأَمْعَاءَ	٤٨٢/٣
لَا صَلَاةَ لِمَنْ لَمْ يَقْرَأْ بِفَاتِحَةِ الكِتَابِ	٥٥١/١
لَا طَلَاقَ إِلَّا بَعْدَ نِكَاحٍ	٤١١/٣
لَا عَدْوَى	٥١٨/٣
لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ	٣٠٨/٣
لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ	٣٠٨/٣
لَا يُجْمَعُ بَيْنَ مُتَفَرِّقٍ، وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ	٢٥٦/٢
لَا يُجْمَعُ عُشْرٌ وَخَرَاجٌ فِي أَرْضِ مُسْلِمٍ	٢٩٢/٢
لَا يَكُونُ الْحَيْضُ أَكْثَرَ مِنْ عَشَرَةِ أَيَّامٍ	٤٣٨/١
لَا يُورِدُ ذُو عَاهَةٍ عَلَى مُصِحٍّ	٥١٨/٣
لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ، لَعَلَّكَ لَمَسْتَ	١٥/٣
لَعَلَّكُمْ تَقْرَؤُونَ خَلْفِي	٥٥٢/١
لَكَ مَا فَوْقَ الإِزَارِ	٤٤٦/١
لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكِسْوَتُهُ	٤٩٤/٣

لم يُرخَّصْ في أيامِ التَّشريقِ أن يُصمْنَ	٤٠٧/٢
لما ثَقُلَ النَّبيُّ ﷺ جعَلَ يتَغشَّاه الكرْبُ	[illegible]
لمَّا كَسفتِ الشَّمسُ أرسَلَ ﷺ مُناديَه	٥٨٩/١
اللهمَّ اغفِرْ لِحَيِّنا	[illegible]
اللَّهُمَّ اهْدِنِي فِيمَنْ هَدَيْتَ، وَعَافِنِي فِيمَنْ عَافَيْتَ،	٥٩٤/١
اللَّهُمَّ سُقْيَا رَحْمَةٍ وَلَا سُقْيَا عَذَابٍ	[illegible]
اللهُمَّ لكَ صمْتُ، وعلى رزقِكَ أفطرْتُ	٤٠٢/٢
لَيْسَ الصِّيَامُ مِنَ الأَكْلِ وَالشُّرْبِ فَقَطْ	[illegible]
لَيْسَ عَلَى الْمُسْلِمِ فِي عَبْدِهِ وَلَا فَرَسِهِ صَدَقَةٌ	١٦٠/٢
لَيْسَ عَلَى الْمُسْلِمِ فِي عَبْدِهِ وَلَا فَرَسِهِ صَدَقَةٌ	[illegible]
لَيْسَ عَلَى الْمُعْتَكِفِ صِيَامٌ	٤٤٩/٢
لَيْسَ فِي أَقَلَّ مِنْ عِشْرِينَ دِينَارًا شَيْءٌ،	[illegible]
لَيْسَ فِي حَبٍّ وَلَا تَمْرٍ صَدَقَةٌ	٢٨٨/٢
لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسِ أَوَاقٍ مِنَ الوَرِقِ صَدَقَةٌ	[illegible]
لَيْسَ مِنَّا مَنْ ضَرَبَ الْخُدُودَ، وَشَقَّ الْجُيُوبَ	١٣٥/٢
[illegible] بِأَسْمَعَ مِنْهُمْ	[illegible]
مَا زَالَ رَسُولُ الله ﷺ يَقْنُتُ فِي الفَجْرِ	٥٩٣/١
مَا لِي أَرَى عَلَيْكَ حِلْيَةَ [illegible]	[illegible]



فهرس موضوعات المجلد الثالث

